

للإمام العلاّمة الشيخ محمد بن حسين بن علي
الطّوري القادري الحنفي
المتوفى بعد سنة ١١٣٨هـ

ضبطه وخرج آياته وأحاديثه
الشيخ زكريّا عميرات

الجزء التّاسع

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى
١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الجنايات

....

كتاب الجنايات

أورد الجنايات عقيب الرهن لأن كل واحد منهما للوقاية والصيانة فإن الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ [البقرة: ١٧٩] ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد؛ كذا في أكثر الشروح. قال في غاية البيان: ولكن قدم الرهن لأنه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية لأنها محظورة فإنها عبارة عما ليس للإنسان فعله ا هـ. أقول: هذا ليس بشيء لأن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات إنما هو أحكام الجنايات دون أنفسها، ولا شك أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتابة والسنة. أيضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيثية، ثم إن الجناية في اللغة اسم لما تجنيه من شيء أي تكسبه وهي في الأصل مصدر جنى عليه شراً جناية وهو عام في كل ما يقبح ويسوء إلا أنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والأطراف، والأول يسمى قتلاً وهو فعل من العباد تزول به الحياة، والثاني يسمى قطعاً وجرحاً؛ هذا زبدة ما في الكتاب والشروح. الكلام في الجناية من أوجه: للأول في معرفة مشروعيتها. والثاني في سبب وجوبها. والثالث في تفسيرها لغة. والرابع في تفسيرها عند الفقهاء. والخامس في ركنها. والسادس في شرطها. والسابع في حكمها. أما الأول فهو معرفة مشروعيتها لقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص﴾ [البقرة: ١٧٨] الآية. وقوله ﷺ «العمد قود والقتل عدوان»[1] وسبب مشروعية القصاص رفع الفساد في الأرض. وأما معناها لغة فهي في اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه تسمية للمصدر من جنى عليه شراً وهو عام إلا أنه خص بما يحرم من الفعل، وأصله من جنى التمر وهو أخذه من الشجرة، وأما في الشرع فهو اسم لفعل

(١) رواه أبو داود في كتاب الديات باب ١٥، ٢٦. النسائي في كتاب التحريم باب ١٤. ابن ماجه في كتاب الديات باب ٨. أحمد في مسنده (١/ ٦٣).

....

محرم شرعاً، سواء كان من مال أو نفس. لكنه في عرف الفقهاء يراد به عند إطلاقه اسم الجناية الواقعة في النفس والأطراف من الآدمي والجناية الواقعة في المال تسمى غصباً والجناية الواقعة من المحرم أو في الحرم على الصيد جناية المحرم. وأما ركنه فهو القتل وهو فعل مضاف إلى العباد تزول به الحياة بمجرد العادة. وأما شرطه فالمماثلة والمعادلة في الاستيفاء لأن المماثلة مشروطة في أجزية السيئات وضمان العدوانات لقوله تعالى ﴿ومن جاء بالسيئة فلا يجزي إلا مثلها﴾ [الأنعام: ١٦٠] ولأن في إيجاب الناقص بخساً بحق المظلوم وفي إيجاب الزيادة جور على الظالم والبخس غير مشروع والحيف حرام فكان الأنصاف والانتصاف في إيجاب المماثلة إلا أنه سقط اعتبار المماثلة في محال الأفعال في الأنفس في نوع ضرورة وهو أن قتل الواحد بطريق الاجتماع غالب وجوداً ويظهر من الأفراد نادراً وقوعها فقتل الجماعة بالواحد، ولو اعتبرنا المماثلة في محل الأفعال لأدى إلى فتح باب العدوان وسد باب القصاص، وأية فائدة في شرع القصاص فسقط اعتبار المماثلة في الأنفس للضرورة وبقيت المماثلة في الأطراف معتبرة فإن الاجتماع على إتلاف الطرف ليس بغالب بل هو نادر. وأما حكمه فهو وجوب القصاص والدية والاثم. قال محمد رحمه الله تعالى: القتل على ثلاثة أوجه: عمد وخطأ وشبه عمد. فالعمد هو أن يتعمد ضربه بسلاح وما يجري مجراه مما له حد يقطع ويجرح لأن العمد والقصد مما لا يوقف عليه ولكن الضرب بآلة جارحة قابلة قاطعة دليل على القتل فيقام مقام العمد، ثم آلة القتل على ضربين: آلة السلاح وغير السلاح. أما السلاح فكل آلة جارحة كالسيف والسكين ونحوهما فيقتل به وهو عمد محض، ولو قتله بحديد لا حد له نحو أن يضربه بعمود أو بصنجة حديد أو نحاس أو صفر فعلى رواية الطحاوي يكون عمداً محضاً لأن الحديد إذا لم يجرح يكون عمداً لقوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا من حديد» والحديد أصل في القتل به وأنه منصوص عليه في إيجاب القود به، والحكم في المنصوص عليه يتعلق بعين النص لا بالمعنى، والنص الوارد في الحديد والسيف يكون وارداً فيما هو في معناه في الاستعمال دلالة والنحاس يستعمل منه السلاح كما يستعمل من الحديد فيكون الحكم فيه ثابتاً بدلالة النص لا بعينه. ولو ضربه بصنجة رصاص لا يكون عمداً لأنه لا يستعمل منه استعمال الحديد وهو السلاح، وأما غير السلاح كالليطة والمروة والرمح الذي لا سنان فيه ونحوه إذا جرحه فهو عمد محض لأنه إذا فرق الأجزاء عمل عمل السيف لأنه حصل ما هو المقصود من الحديد بما هو معتاد له فلا تكون شبهة العمد اعتبار قصور الآلة ولهذا قال: إذا أحرق رجلاً بالنار يقتل به لأن النار تفرق الأجزاء وتبعضها وتعمل عمل الحديد. وأما شبه العمد وهو القتل بآلة لم توضع له ولم يحصل به الموت غالباً مثل السوط الصغير والعصا الصغيرة ونحوه، فأما القتل بالعصا الكبير وبكل آلة مثقلة يحصل بها الموت غالباً لكنها غير جارحة

. . . .

قاطعة بل هي مدققة مكسرة وهو شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهم لما يأتي. وأما الخطأ وهو ما لو تعمد شبهاً فيصيب آدمياً أو يقصده فيظنه صيداً أو حربياً، فإذا هو مسلم، ونوع ما هو ملحق بالخطأ كالنائم إذا انقلب على إنسان فقتله، وكذا القتل بطريق التسبب كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق الممر لأنه إذا تسبب للقتل صار كالموقع والدافع ولما لم يقصد القتل هو كالخطأ في الحكم ولا يكون فيما دون النفس شبه العمد لأن ما دون النفس لا يختص إتلافه بآلة دون آلة بل يختص بآلة جارحة قاطعة، فأما القتل يختص بآلات بعضها جارحة قاطعة وبعضها لا يختلف حكم النفس باختلاف الآلات، وأما حكمها فسيأتي.

ولا يخفى أن القتل على خمسة أوجه: عمد وخطأ وشبه عمد وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب. قال صاحب النهاية: وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل إذا صدر عن إنسان لا يخلو إما إن حصل بسلاح أو بغير سلاح، وإن حصل بسلاح إما أن يكون به قصد القتل أولاً، فإن كان فهو عدوان، وإن لم يكن فهو خطأ. وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أو لا، فإن كان فهو شبه العمد، وإن لم يكن فلا يخلو إما أن يكون معه قصد التأديب أو الضرب أو لا، فإن كان فهو شبه العمد، وإن لم يكن فلا يخلو إما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أو لا، فإن كان فهو الخطأ، وإن لم يكن فهو القتل بسبب، وبهذا الاختصار يعرف تفسير كل واحد منها ا هـ. أقول: فيه خلل؛ أما أولاً فلأنه جعل القتل خطأ مخصوصاً بما حصل بسلاح وليس كذلك إذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضاً بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة. وأما ثانياً فلأن قوله «وإن لم يكن جارياً مجرى الخطأ فهو القتل بسبب» ليس بتام لأن ما لا يكون جارياً مجرى الخطأ لا يلزم أن يكون القتل بسبب ألبتة بل يجوز أن يكون القتل بخطأ محض أيضاً فلا يتم الحصر في القتل بسبب، ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان: قول المصنف «القتل علس خمسة أوجه» وذلك أنا استقربنا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الأحكام المذكورة أحد هذه الأوجه المذكورة ونقل ما ذكر صاحب النهاية من وجه الحصر فقال: وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان والمراد بيان قتل يتعلق به الأحكام. قال جمهور الشراح: إنما قيد به لأن أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر إلى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة أوجه كقتل المرتد والقتل قصاصاً والقتل رجماً والقتل يقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم: ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله تعالى في كتاب الأيمان الأيمان ثلاثة ولم يرد جنس الأيمان أكثر من يمين بالله تعالى ويمين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وإنما أراد بذلك الأيمان بالله تعالى ا هـ. قال قاضيخان أقول فيما قالوا نظر إذا الظاهر أن شيئاً من أنواع القتل لا يخرج عن الأوجه الخمسة المذكور في الكتاب بل يدخل كل من ذلك واحد من تلك الأوجه فإن

موجب القتل عمداً وهم ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه في تفريق الأجزاء كالمحدد من الحجر والخشب والنار الاثم والقود عينا إلا أن يعفوا لا الكفارة وشبهه

ما ذكره من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصاً أو رجماً أو بقطع الطريق يكون قتلاً عمداً إن تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح وما أجرى مجرى السلاح، ويكون شبه عمد إن تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح، ويكون خطأ إن لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ إلى غير ذلك من الأوجه المذكورة. وإنما تكون تلك الأنواع المباحة من القتل خارجة عن الأحكام المذكورة لهذه الأوجه الخمسة فلا معنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة. فإن قلت: كيف يتصور خروج تلك الأنواع من الأحكام للأوجه الخمسة للقتل إلا من نفسه هذه الأوجه، وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه؟ قلت: قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطاً بشرط ألا ترى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمد مع أنه له شروط كثيرة منها كون القاتل عاقلاً بالغاً إذ لا يجب القود على الصبي والمجنون أصلاً. ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الأب ولده عمداً لا يجب عليه القصاص. وكذا لو قتلت الأم ولدها. وكذا الجد والجدة. ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده. ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقاً فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلاً، ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لأن عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة إلى غاية مقامه في دار الإسلام؛ صرح بذلك كل ما في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرطاً لترتيب كل من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة من القتل وليس شيء مما ذكروا من الأحكام من هذه الأنواع المذكورة لها بناء على أن انتفاء شرط تلك الأحكام وهو كون القتيل معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء فالأظهر أن مراد المصنف بقوله «والمراد بيان قتل يتعلق به الأحكام» هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات أنما هو أحوال بغير حق إذ هو الذي يكون من الجنايات ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وإن كان الأوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك.

قال رحمه الله: (**موجب القتل عمداً وهم ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه في تفريق الأجزاء كالمحدد من الحجر والخشب والنار الاثم والقود عينا**) أي القتل الموصوف بهذه الصفة يوجب الإثم والقصاص متعين. قال السغناقي: القتل فعل يضاف إلى العباد تزول به الحياة. وفي المنتقى: ذكر ما يعرف به العمد من غيره. قال محمد: رجل تعمد أن يضرب يد رجل أو شيئاً منه بالسيف فأخطأ فأصاب عنقه وأبان رأسه فهو عمد، ولو أراد أن يضرب يد رجل أو شيئاً منه بالسيف فأخطأ فأصاب عنق غيره فهو خطأ لأنه أصاب غير ما تعمد وفي الأول أصاب ما تعمد لأنه قصد إتلاف طرف ذلك الرجل. ولو رمى قلنسوة على رأسه فأصاب عنق غيره فهو خطأ، وكذلك لو قصد ضرب القلنسوة فأصابه السيف فهو خطأ. ولو رمى

. . . .

رجلاً فأصاب حائطاً ثم رجع السهم فأصاب الرجل فهو خطأ لأنه أخطأ في أصابة الحائط ورجوع السهم مبني على إصابة الحائط لا على الرمي السابق لأنه آخر السببين والحكم يضاف إلى آخر السببين وجوداً وقد تخلل بين الرمي والإصابة الأخيرة إصابة الحائط فقطع حكم الإصابة الأخيرة على الرمي السابق. ولو لف ثوباً فضرب به رأس إنسان فشجه موضحة فهو عمد، سواء اقتصر على الشجة أو مات لأنه أصاب ما تعمد به وقد عملت الآلام عملها أثرت في الظاهر والباطن جميعاً وقد مات من غير أن يجرح قال صار خطأ. وقال محمد في الديات: رجل ضرب رجلاً بسيف بغمده فخرق السيف الغمدة فقتله قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا قود عليه. وقال محمد: إن كان الغمد يقتل لو ضرب به وحده يقتل لأن الغمد لا يقصد به إلا الضرب إذا كان يقتل به وهو قاصد إلى القتل وقد أصاب المقتل فوجب القصاص. لأبي حنيفة أنه أصاب الضرب دون القتل لأن الغمد لا يقصد به إلا الضرب عادة فصورة الخطأ هو أن يصيب خلاف ما قصد، وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى: رجل ضرب رجلاً بإبرة أو بشيء يشبه الإبرة تعمداً فقتله فلا قود عليه، وإن ضربه بمسلة أو نحوها فعليه القود لأن الإبرة مما لا يقصد بها القتل عادة، وإن كانت الآلة جارحة لأن آلة الخياطة دون القتل فإذا تمكنت فيه شبهة عدم العمدية امتنع وجوب ما لا يجامع، فأما المسلة فهي آلة جارحة يقصد بها القتل، وفي رواية أخرى عنه أنه إن غرز بالإبرة في المقتل فعليه القود وإلا فلا لأن غرز الإبرة في المقتل يقصد به القتل لا التأديب. وفي الفتاوى الكبرى: ضرب بحديد أو ذهب أو فضة أو شبهه أو نحاس أو رصاص أو صفر فجرحه ومات أنه يقتل، وإن رماه بصنجة ألف درهم فجرحه أو لم يجرحه فمات منه قتل، ولو ضرب بعصا رأسها مضبب بالحديد وقد أصاب الحديد حتى جرحه أو أزهق سائر جسده أو ضربه بقفة حديد أو شبهة أو بقدر حديد فمات منه قتل، وهذا كله على قياس ظاهر الرواية على ما بينا. ولو ضربه بعصا من خشب قاد معه أو بحجر غير ممدود لا يقتل، وإن كان ممدوداً حتى جرحه يقتل. وعن أبي حنيفة في المجرد لو ألقى رجلاً في الماء ثم أخرج وبه رمق فمكث أياماً حتى مات يقتل به، وإن كان يجيء ويذهب حتى مات لم يقتل. ولو قمط رجلاً وألقاه في البحر فغرق تجب الدية، ولو سبح سباحة ثم غرق لا دية عليه لأنه غرق بعجزه وفي الأول نظير جيد. وفي الفتاوى الكبرى ما يجب القصاص في سبب دون سبب لف ثوباً فضرب به رأس رجل فشجه موضحاً وجب القصاص، ولو مات لا يجب القصاص، ولو ماتت من ذلك يجب القصاص، وما يجب في سببه ومسببه إن شجه موضحة بحديد فيها قصاص، وإن مات منها يجب القصاص وعلى عكسه ما لا يجب في سبب ولا في مسببه أن يجرحه بخشبة عظيمة فلا يجب القصاص ولو مات كذلك.

وفي الأجناس: وما ليس بسلاح فيما دون النفس عمد واعترض بأن قوله موجب هذا

. . . .

أثر العمد والأثر متأخر. وفصل بين المبتدأ وهو قوله «موجبه» وخبره وهو قوله «الاثم بأجنبي» وهو قوله «أن يتعمد الضمير» جاز أن يرجع إلى المضاف وأن يرجع إلى المضاف إليه. والضمير إذا احتمل فسد المعنى على أحد الاحتمالين فيتعين الإظهار بأن يقول العمد أن يتعمد. وعبر بقوله «موجبه» دون أن يقول حكمه وأثره ليفيد أن صفته الوجوب، وقد يجاب بأن المقصود الأحكام لا الحقائق فكذا قدم الحكم على التعريف وهذا فصل بغير أجنبي فلا يضر، والضمير يرجع إلى الأقرب وهو القتل لأنه محل للتعمد فلا فساد. قوله «ضربه» أي ضرب المقتول قالوا: فيخرج العمد فيما دون النفس. قوله «ضربه» أي ضرب المقتول قاله قاضي زاده أقول برد على المقتول في المنتقى كما نقله في المحيط إذا تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنق ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود، وإن أصاب عنق غيره فهو خطأ. ووجه الورود أنه لم يتعمد القتل بل تعمد ضرب اليد وجرى عمداً فظهر أن الشرط ولو للقطع لا لتقييد القتل كما قالوا، أما اشتراط العمد فلأن الجناية لا تتحقق دونها ولا بد منها ليترتب عليها العقوبة لقوله عليه الصلاة والسلام «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان الحديث». وأما اشتراط السلاح فلأن العمد هو القصد وهو فعل قد لا يوقف عليه لأنه أمر يخفى فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالباً مقامه، وظاهر هذا أنه إذا قتل بهذه الآلة ثم قال لم أقصد قتله لم يقبل منه والمنقول أنه لا يقبل منه. قال في المجرد: قتلت فلاناً بسيفي ثم قال إنما أردت غيره فأصابته دريء عنه القصاص ولا يخفى عدم الورود لأنه قال ضربه لا أن يتعمد قتله لأن الشرط تعمد للضرب لا تعمد للقتل بدليل تعمد قطع اليد. أقول: فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما إذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ كما إذا رمى شخصاً بسهم أو ضربه بسيف يظنه صيداً فإذا هو آدمي أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم وهذا في نوع الخطأ في القصد، وكذا إذا رمى عرضاً بآلة قاتلة فأصاب آدمياً وهذا في نوع الخطأ في الفعل فإن استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلاً على القصد قد تحقق هناك أيضاً مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة. فإن قلت: المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها فيه أيضاً لضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول. فإن قلت: المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث إنه آدمي لا استعمالها لضربه مطلقاً وفي نوع الخطأ في القصد لم يتحقق الحيثية المذكورة قلت: كون الاستعمال من هذه الحيثية أمر مضمر راجع إلى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي فتدبر. وذكر قاضيخان أنه لا يشترط الجرح في الحديد وما يشبه الحديد من النحاس غيره في ظاهر الرواية، وأما الأثم فلقوله تعالى ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم خالدا فيها﴾ [النساء: ٩٣] الآية. أقول: القائل أن يقول الدليل خاص والمدعي عام لأن إيجاب القتل المؤثم والقود لا ينفك عن لزوم المائم والآية المذكورة مخصوصة

. . . .

بقتل المؤمن اللهم إلا أن يقال: الآية المذكورة وإن أفادت المأثم في قتل المؤمن عمداً فقط بعبارتها إلا أنها تفيد المأثم في قتل الذمي أيضاً بدلاً بناء على ثبوت العصمة بين المسلم والذمي نظراً إلى التكليف أو الدار كما سيأتي تفصيله. فإن قيل: بقي خصوص الدليل مع عموم المدعي من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وإن ارتكب كبيرة ولم يثبت، والظاهر أن المراد بمن يقتل في الآية المذكورة وهو المستحل بدلالة «خالداً فيها» فكان القتل بدون الاستحلال خارجاً عن مدلول الآية. قلنا: لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب أهل السنة والجماعة، ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضاً ففي الآية دلالة على عظم تلك الجناية وتحقق الإثم في قتل المؤمن عمداً بدون الاستحلال أيضاً وإلا لما لزم من استحلاله الخلود في النار. وأما القود فلقوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» ولقوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر﴾ [البقرة: ١٧٨] الآية. إلا أنه يتقيد بوصف العمد لقوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» أي موجبه يعني أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما يوجد القتل ولا يفصل بين العمد والخطأ إلا أنه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي تلقته الأمة بالقبول وهو قوله ﷺ «العمد قود» أي موجبه قود؛ كذا في الشروح. قال صاحب الكفاية بعد ذلك: لا يقال إن قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» لا يوجب التقييد لأنه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه لأنا نقول: لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة ا هـ. أقول: سؤال ظاهر الورود وينبغي أن يخطر ببال كل ذي فطرة سليمة ولكن لم أر أحداً سواه حول ذكره. وأما جوابه فمنظور فيه عندي لجواز أن يكون سئل النبي ﷺ عن حكم العمد فقط بأن كانت الجناية قتل العمد فصار قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» جواباً عن سؤالهم، ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله بالحديث المزبور.

قال رحمه الله: **(إلا أن يعفوا)** يعني يجب القصاص إلا أن يعفو الأولياء فيسقط القصاص بعفوهم ولا يجب شيء. هذا إذا كان العفو بغير بدل، وإن كان ببدل يجب المشروط ويتعين بالصلح لا بالقتل. قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولي. ولنا ما تلونا وروينا من قوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» فيقتضي أن جنس العمد وجود القود لا للمال، ومن جعله موجباً للمال فقد زاد عليه وهو لا يجوز، وإلى هذا المعنى أشار ابن عباس رضي الله عنهما بقوله العمد قود لا مال فيه ولأن المال لا يصلح موجباً لعدم المماثلة بينه وبين الآدمي صورة ومعنى إذ الآدمي خلق مكرماً ليتحمل

. . . .

التكليف ويشتغل بالطاعة وليكون خليفة الله تعالى في الأرض. والمال خلق لإقامة مصالحه ومبتذلاً له في حوائجه فلا يصلح جابراً وقائماً مقامه، والقصاص يصلح للمماثلة صورة لأنه قتل بقود، وكذا معنى لأن المقصود بالقتل الانتقام والثاني فيه كالأول ولهذا سمي قصاصاً وبه تحصل منفعة الأحياء بكونه زاجراً فلا يكون موجباً للمال، ولهذا يضاف ما يوجب من المال في قتل العمد إلى الصلح ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام «لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً» ولو كان عمداً موجباً للمال لما أضافه إلى الصلح. والمراد بما روي ثبوت الخيار للمولى عند إعطاء القاتل الدية وتخييره لا ينافي رضا الآخر في غير الواجب، وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك إن شئت دراهم وإن شئت دنانير وإن شئت عروضاً. ومعناه أن لا يأخذ غير حقه إلا برضا المدين وهذا شائع في الكلام ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» أي لا تأخذ إلا سلمك عند المضي في العقد ولا تأخذ إلا رأس مالك عند التفاسخ فخيره، ومعلوم أنه لا يأخذ رأس ماله إلا برضا الآخر لأن الفسخ لا يتم إلا باتفاقهم، فإذا كان المراد بالحديث ذلك أو احتمله لا يبقى حجة والذي يدلك على ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما إنه قال: كان القصاص في بني اسرائيل ولم تكن الدية فانزل الله هذه الآية ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر﴾ إلى قوله ﴿فمن عفى له من أخيه شيء﴾ [البقرة: ١٧٨] والعفو في أن يقبل الدية في العمد ذلك تخفيف من ربكم فيما كان كتب على من كان قبلكم فأخبر أن بني اسرائيل لم تكن فيهم دية أي كان ذلك حراماً عليهم أخذه عوضاً عن الآدمي ويتركوه فخفف الله تعالى عن هذه الأمة ونسخ ذلك بقوله تعالى ﴿فمن عفى له من أخيه شيء﴾ الآية. ونبه النبي ﷺ عن هذه الجهة بل بينها بقوله «من قتل له قتيل فهو بالخيار بين أن يقتص أو يعفو ويأخذ الدية التي أبيحت لهذه الأمة» وجعل لهم أخذها إذا أعطوها. وعن أنس بن مالك أن عمة الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال عليه الصلاة والسلام حين اختصموا إليه: كتب الله القصاص. ولم يخير ولو كان المال واجباً به لخير إذ من وجب له أخذ شيئين على الخيار لا يحكم له بأحدهما معيناً وإنما يحكم بأن يختار أيهما شاء، والذي يحققه أن الولي إن عفا عن القصاص قبل اختيار القصاص صح عفوه ولو لم يكن هو الواجب بالقتل ما صح عفوه قبل تعينه واختياره إذ العفو عن الشيء قبل وجوبه باطل، فإن كان القصاص هو الواجب الأصلي لا ينفرد الولي بالعدول عنه إلى المال بدلاً عنه لأنه معاوضة ولا يجبر أحد على المعاوضة كما في سائر الحقوق، ولهذا لو ترك المولى القصاص بمال آخر غير الدية كالدار ونحوه من الأعيان لا يجبر القاتل على الدفع وإن فيه إحياء نفسه، ولا نسلم أن المضطر الذي ذكره يجبر على الشراء بحيث يدخل. في ملكه من غير رضاه وإنما نقول يأثم إذا ترك الشراء مع القدرة عليه ومات، وكذا نقول هنا أيضاً يأثم. ثم إذا لم يخلص نفسه مع القدرة عليه وقوله الآدمي قد يضمن بالمال كما في

....

الخطأ قلنا: وجوب الضمان في الخطأ ضرورة صون الدم عن الإهدار باعتبار أنه مثل له، وهذا لأنه لما تعذر العقوبة وهو القصاص لعدم الجناية صير إليه لصون الدم عن الإهدر ولولا ذلك لتخلط كثير من الناس وأدى إلى التفاني، ولأن النفس محترمة فلا تسقط حرمتها بعذر الخاطئ كما في المال فيجب المال صيانة لها عن الإهدار، ولا يقال وجوب القصاص لا ينافي وجوب المال ولا العدول إليه من غير رضا الجاني ألا ترى أن رجلاً لو قطع يد رجل وهي صحيحة ويد القاطع شلاء فالمقطوع يده بالخيار إن شاء أخذ الأرض، وإن شاء قطع يده الشلاء. وكذا لو عفا أحد الأولياء بطل حق الباقين في القصاص ووجب لهم الدية، ولو أنه وجب بالجناية لما وجب بغير رضاهم لأنا نقول: إنما كان لهم ذلك لتعذر استيفاء حقهم كاملاً.

قال رحمه الله: **(لا الكفارة)** أي لا تجب الكفارة بقتل العمد. قال الشافعي رحمه الله تعالى: تجب اعتباراً بالخطأ بل أولى لأنها شرعت تمحو الإثم وهو في العمد أكثر فكان ادعى إلى ايجابها. ولنا أن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فلا بد من أن يكون سببها أيضاً دائراً بين الخطر والإباحة لتعلق العبادة بالمباح والعقوبة المحظور وقتل العمد كبيرة محض فلا تناط به كسائر الكبائر مثل الزنا والسرقة والربا. قال تاج الشريعة فإن قلت: يشكل بكفارة قتل صيد المحرم فإنه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه الكفارة قلت: هو جناية على المحل ولهذا لو اشترك رجلان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد، ولو كان جناية الفعل لوجب جزآن والجناية على المحل يستوي فيها العمل والخطأ ا هـ. أقول: في الجواب بحث؛ أما أولاً فلأنه لا يدفع السؤال المذكور لأن مورده مضمون الدليل المزبور وهو الكفارة لا تناط بما هو كبيرة محضة لا أصل المدعي وهو أنه لا كفارة في القتل العمد، فإذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به، سواء كان في جناية الفعل أو جناية المحل، وكون الجناية على المحل يستوي فيها العمد والخطأ إنما يفيد لو ورد السؤال على أصل المدعي فإنه يمكن الجواب عنه حينئذ بأن ما قلناه في جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الأولى. وأما ثانياً فلأنه قد تقرر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلاً، فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلاً، ولا يمكن قياسه على الخطأ لأنه دونه في الإثم فشرعه لدفع الأدنى لا يدل على دفع الأعلى، ولأن في قتل العمد وعيداً محكماً ولا يمكن أن يقال يرتفع المأثم فيه بالكفارة مع وجود الشدة في الوعيد بنص قاطع لا شبهة فيه، ومن ادعى ذلك كان محكماً فيه بلا دليل، ولأن الكفارة من المقدورات فلا يجوز إثباتها بالقياس على ما عرف في موضعه، ولأن قوله تعالى «فجزاؤه جهنم» الآية. كل موجبه إذ هو مذكور في سياق الجزاء للشرط فتكون الزيادة عليه نسخاً ولا

وهو إن يتعمد ضربه بغير ما ذكر الإثم والكفارة على القاتل ودية مغلظة على العاقلة لا

يجوز بالرأي. قال رحمه الله: **(وشبهه وهو إن يتعمد ضربه بغير ما ذكر الإثم والكفارة على القاتل ودية مغلظة على العاقلة لا القود)** أي موجب القتل شبه العمد الإثم والكفارة على القاتل والدية المغلظة على العاقلة ولا يوجب القصاص. وقوله «وهو أن يتعمد ضربه بغير ما ذكر» أي بغير ما ذكر في العمد والذي ذكر في العمد هو المحدد وغيره هو الذي لا حد له من الأدلة، وكالحجر والعصا وكل شيء ليس له حد يفرق الأجزاء، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وفي شرح الطحاوي: شبه العمد عند الإمام تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا هو في معنى السلاح في تفريق الأجزاء. قال محمد: ويكون قصده الضرب والتأديب. وقالا: إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً. ولهما أن معنى العمدية يتقاصر باستعمال آلة لا تقتل غالباً لأنه يقصد به التأديب، وأما التي تقتل غالباً كالسيف فكان عمداً فوجب القود ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام رض بين حجرين رأس يهودي رض رأس صبي بين حجرين، وكذا قتل المرأة التي قتلت امرأة بمسطح وهو عمود الفسطاط. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله عليه الصلاة والسلام «ألا أن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها» وبإطلاقه يتناول العصا الكبير والكلام في مثلها ولأن قضية القتل أمر مبطن لا يعرف إلا بدليل وهو استعمال الآلة القاتلة على ما بينا، وهذه الآلة لا تصلح دليلاً على قصد القتل لأنها غير موضوعة له ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن القتل بها على غفلة منه ولا يقع القتل بها غالباً فقدمت العمدية كذلك فصار كالعصا الصغير، وهذا لأن ما يوجب القصاص وهو الآلة المحدودة لا يختلف بين الصغير منهما والكبير لأن الكل صالح للقتل لتخريب البنية ظاهراً وباطناً فكذا ما لا يوجب القصاص وجب أن يسوي بين الصغير والكبير منه حتى لا يوجب الكل القصاص لأنه غير معد للقتل ولا صالح له لعدم نقض البنية ظاهراً وكان في قصد القتل شك لما فيه من القصور والقصاص نهاية في العقوبة فلا يجب مع الشك، وما روياه رض اليودي يحتمل أن النبي ﷺ علم أن اليهودي كان قاطع الطريق إذا قتل بسوط أو عصا أو غيره بأي شيء كان يقتل به حداً، ويحتمل أنه جعله كقاطع الطريق لكونه ساعياً في الأرض بالفساد فقتله حداً كما يقتل قاطع الطريق فإن ذلك جائز أن يلحق به على ما بينا في قاطع الطريق. وأما حديث المرأة فقال عبيد بن فضيلة عن المغيرة بن شعبة: إن امرأتين ضربت إحداهما الأخرى بعمود الفسطاط فقتلتها فقضى رسول الله ﷺ بالدية على عصبة القاتلة وقضى فيما في بطنها بغرة فقال الأعرابي: أغرم ممن لا طعم ولا شرب ولا صاح فاستهل ومثل ذلك باطل فقال: أسجع كسجع الأعرابي. وفي رواية قال: هذا من إخوان الكهان من أجل سجعه. فعلم بذلك أن ما روياه غير صحيح، والذي يدل على ذلك حمل ابن مالك على زعمهم

القود والخطأ وهو أن يرمي شخصاً ظنه صيداً أو حربياً فإذا هو مسلم أو عرضاً

فإنهم قالوا قال حمل ابن مالك: كنت بين بنتي امرأتي فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله ﷺ في جنينها بغرة وأن تقتل به؛ هكذا رووه.

وقال ابن المسيب عن أبي سلمة عن أبي هريرة: اقتتلت امرأتان من هذيل فضربت أحدهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى أن دية جنينها عبد وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها فقال حمل ابن مالك بن النابغة: يا رسول الله أغرم ممن لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك باطل؟ فقال عليه الصلاة والسلام: هذا من إخوان الكهان. وهذا هو المشهور عن حمل ابن ممالك فكيف يصح أن يتصور عنه خلاف ذلك؟ ثم لا فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين أن يموت بضربة واحدة وبين أن يوالي عليه ضربات حتى مات كل ذلك شبه عمد لا يوجب القصاص، واختلفوا على قولهما في الموالاة. وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: يصير عمداً بها فوجب القصاص. ولو ألقاه من جبل أو سطح أو غرقه في الماء أو خقنه حتى مات كان ذلك شبه عمد عنده، وعندهما عمد وإنما كان آثماً في شبه العمد لأنه ارتكب محرماً في دينه قاصداً له وإنما وجبت الكفارة به لأنه خطأ من وجه فيدخل تحت النص على الخطأ. أقول: المتبادر من قوله لدخوله تحت الخطأ أن هذه الكفارة إنما وجبت في شبه العمد باعتبار الدخول. فإن قلت: يرد عليه أن تعين الكفارة لدفع الذنب الأدنى بالشرع لا تعينها كما قالوا في العمد إذ لا شك أن شبه العمد أعلى ذنباً من الخطأ المحض فإن الجاني في شبه العمد قد قصد الضرب وفي الخطأ لم يقصد الضرب. وقد يجاب بأن ذنب شبه العمد دائر بين الأدنى والأعلى فإلحاقه بالأدنى أولى طلباً للتخفيف فلذا وجبت فيه الكفارة. وذكر صاحب الهداية أن صاحب الإيضاح قال في الإيضاح: وجدت في كتب أصحابنا أن الكفارة في شبه العمد لا تجب على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإن الإثم كامل وتناهيه يمنع شرع الكفارة لأن ذلك من باب التخفيف. وجوابه على الظاهر أن يقول: إنه إثم الضرب لأنه قصده لا إثم القتل لأنه لم يصدقه، وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطئ ولا تجب بالضرب ألا ترى أنها لا تجب بالضرب بدون القتل وبعكسه تجب، فكذا عند اجتماعهما يضاف الوجوب إلى القتل دون الضرب. وأما وجوب الدية فلما روينا، وإنما وجبت على العاقلة لأنه خطأ من وجه على ما بينا فيكون معذوراً فيتحقق التخفيف كذلك، ولأنها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما في الخطأ ولهذا أوجبها عمر رضي الله عنه في ثلاث سنين. ويتعلق بهذا القتل حرمان الميراث كالخطأ بل أولى لأنه جزاء القتل وهو أولى بالمجازاة لوجود القصد منه إلى الفعل، فحاصله أنه كالخطأ إلا في حق الإثم وصفة التغليظ في الدية على ما تبين من بعد إن شاء الله. قال رحمه الله: **(والخطأ وهو أن يرمي شخصاً ظنه صيداً أو حربياً فإذا هو مسلم أو**

فأصاب أدمياً وما جرى بمجراه كالنائم إذا انقلب على رجل فقتله الكفارة والدية على العاقلة والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه الدية على العاقلة لا

عرضاً فأصاب أدمياً وما جرى بمجراه كالنائم إذا انقلب على رجل فقتله الكفارة والدية على العاقلة) قوله وهو أن يرمي شخصاً إلى آخره تفسير لنفس الخطأ فإنه على نوعين: خطأ في القصد وخطأ في الفعل. وقد تبين النوعين بقوله «وهو أن يرمي شخصاً ظنه صيداً أو حربياً فإذا هو مسلم» تفسير للخطأ في القصد لا في الفعل حيث أصاب ما رمى وإنما أخطأ في القصد أي الظن حيث ظن المسلم حربياً والآدمي صيداً. وقوله «أو عرضاً فأصاب آدمياً» هذا بيان للخطأ في الفعل دون القصد فيكون معذوراً. أقول: في عبارة الشارح والمصنف هنا تسامح فإنه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً إلى آخره. وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو أن يرمي عرضاً فيصيب آدمياً. ولا يخفى أن كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر فيما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزء من جزئياته فكان أخص منه جداً فلم يصلح لأن يكون تفسيراً له فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما وهو نحو أن يرمي إشارة إلى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال: وفي الخطأ قصداً كرميه مسلماً ظنه صيداً أو حربياً وفعلاً كرميه عرضاً فأصاب آدمياً ا هـ. ثم إن صدر الشريعة قال في شرح الوقاية: الخطأ ضربان: خطأ في القصد وخطأ في الفعل. فالخطأ الذي في الفعل إن يقصد فعلاً فيصدر منه فعل آخر كما إذا رمى الغرض فأخطأ فأصاب غيره، هذا هو الخطأ في الفعل. وأما الخطأ في القصد هو أن لا يكون الخطأ في الفعل وإنما يكون الخطأ في قصده، فإن قصد بهذا الفعل حربياً لكن أخطأ في ذلك القصد وهو الغرض حيث لم يكن قصده ا هـ. ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال: الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل فعل آخر وليس كذلك فإنه إذا رمى عرضاً فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز إلى ما وراءه فأصاب رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل، والشرط المذكور ههنا مفقود في الصورتين. ثم إنه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فإذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه ا هـ. وقول المؤلف «عرضاً» هذا معطوف على قيد وظاهره أن الرمي معتبر في الخطأ في الفعل وليس كذلك فإنه لو سقط منه خشبة أو لبنة فقتل رجلاً هذا خطأ في الفعل ولا رمي. وقوله «كنائم انقلب على رجل» تفسير لما جرى مجرى الخطأ لأن هذا ليس بخطأ حقيقة ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل فجعله كالخطأ لأنه محذور كالمخطىء، وإنما كان حكم المخطىء ما ذكره لقوله تعالى فيه ﴿فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] وقد قضى به عمر رضي الله تعالى عنه في ثلاث سنين بمحضر من الصحابة من غير نكير فقصار إجماعاً.

قال رحمه الله: **(والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه الدية على العاقلة**

الكفارة والكل يوجب حرمان الإرث إلا هذا وشبه العمد في النفس عمد فيما سواها.

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

يجب القصاص بقتل كل محقون الدم على التأبيد عمداً وقتل الحر بالحر وبالعبد والمسلم

لا الكفارة) أي موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة، أما وجوب الدية فلأنه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر فجلع كالدافع الملقى فيه لتجب في الدية صيانة للأنفس فتكون على العاقلة لأن القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطأ فيكون معذوراً فتجب عى العاقلة تخفيفاً كما في الخطأ بل أولى لعدم القتل منه مباشرة، ولهذا لا تجب الكفارة فيه. وفي الأصل: لو كان على دابة فوطئ دابته إنسان فقتله. وفي الينابيع أو سقط من سطح على إنسان فقتله. هذا كله قتل خطأ ومباشرة. وفي شرح الطحاوي: والكفارة تحرير رقبة في حق القادر، وصيام شهرين متتابعين في حق غير القادر. ولو أفطر يوماً يجب الاستئناف ولا يجوز إلا بنية من الليل ولا إطعام فيه فتعتبر القدرة وقت الأداء لا وقت الوجوب ا هـ. قال رحمه الله: **(والكل يوجب حرمان الإرث إلا هذا)** أي كل نوع من أنواع القتل التي تقدم من عمد وشبهه وخطأ وما أجرى مجراه يوجب حرمان الإرث إلا القتل بسبب فإنه لا يوجب ذلك كما لا يوجب الكفارة. وقال الشافعي: هو ملحق بالخطأ في أحكامه. قال رحمه الله: **(وشبه العمد في النفس عمد فيما سواها)** لأن إتلاف ما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس على ما بينا، والذي يدلك على هذا ما روي عن أنس ابن مالك أن عمة الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا اليهم العفو فأبوا والأرش فأبوا إلا القصاص واختصموا إلى رسول الله ﷺ فأمر رسول الله ﷺ إلا القصاص فقال أنس بن النضر: أتكسر ثنية الربيع والذي بعثك بالحق نبياً لا تكسر ثنيتها فقال النبي ﷺ: يا أنس كتاب الله القصاص فرضي القوم فعفوا فقال رسول الله ﷺ: إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره. ووجه دلالته على ما نحن فيه أننا علمنا أن اللطمة لو أتت على النفس لا توجب القصاص ورأيناها فيما دون النفس قد أوجبته بحكمه عليه الصلاة والسلام فثبت بذلك أن ما كان من النفس شبه عمد فهو عمد فيما دونها ولا يتصور أن يكون شبه عمد والله أعلم.

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة. قال رحمه الله: **(يجب القصاص بقتل كل محقون الدم على التأبيد عمداً)** لما بينا وشرط أن يكون المقتول محقون الدم على التأبيد ليدفع شبه الإباحة عنه لأن القصاص نهاية في العقوبة فيستدعي الكمال في الجناية فلا يجب مع الشبهة، واحترز بذلك عن المستأمن فإنه

. . . .

غير محقون الدم على التأبيد. قال في العناية: وفيه البحث من أوجه: الأول أن العفو مندوب إليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب. الثاني أن حقن الدم على التأبيد غير متصور لأن غاية ما يتصور منه أن يكون للمسلم في دار الإسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى. الثالث أنه منقوض بمسلم قتل ابنه المسلم فإنها موجودة فيه ولا قصاص. الرابع أن قيد التأبيد لثبوت المساواة وإذا قتل المستأمن مسلماً وجب القصاص ولا مساواة. والجواب عن الأول أن المراد بالوجود ثبوت الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو. وعن الثاني أن المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب الأصل والارتداد عارض لا يعتبر ورجوع الحربي أصل لا عارض. وعن الثالث بأن القصاص ثابت لكنه انقلب لشبهة الأبوة. وعن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس. وفي الكافي: القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد وليس بينهما شبهة الملك ولا شبهة الحرية يعني به ليس المقتول بولده ولا هو عبده ولا له عليه شيء من الرق ويقتل، فإن كان القاتل سليماً والمقتول به مغمى عليه أو مبرسماً أو مقطوعاً أو أعمى أو مقطوع الجوارح أو أشل الجوارح أو كان صبياً أو مجنوناً فإنه يقتل به. وفي العيون: ضرب رجلاً بسيف في غمده فخرق السيف الغمد وقتله قال أبو حنيفة: لا قصاص عليه. وقال محمد: إن كان الغمد لو ضرب به وحده قتل قتل به. وفي الكبرى: والفتوى على قول أبي حنيفة. قال محمد في الجامع الصغير: إذا حمى التنور فألقى فيها إنساناً أو ألقاه فيما لا يستطيع الخروج منه فأحرقته النار يجب القصاص فوضع المسألة يصير إلى أن الإحماء يكفي، وإن لم يكن فيه نار قال البقالي في فتاواه: هو الصحيح. وفي البقالي: إذا ألقاه في النار ثم أخرجه وبه رمق فبقي أياماً مريضاً من ذلك حتى مات قتل به وإن كان يجيء ويذهب. وفي الخانية: فمكث أياماً لم يزل صاحب فراش، وإن كان يجيء ويذهب فلا. وفي الجامع الصغير أيضاً: وذكر شيخ الإسلام في شرح ديات الأصل إن غرق إنساناً بالماء إن كان الماء قليلاً لا يقبل منه غالباً ويرجى منه النجاة في الغالب فمات من ذلك فهو خطأ العمد عندهم جميعاً، فأما إذا كان الماء عظيماً إن كان بحيث يمكنه النجاة منه بالسباحة بأن كان غير مشدود ولا مثقل وهو يحسن السباحة فمات فإنه يكون خطأ العمد، وإن كان بحيث لا يمكنه النجاة فعلى قول أبي حنيفة هو خطأ العمد فلا قصاص، وعلى قولهما هو عمد محض ويجب القصاص. وفي الخانية: ولو ألقاه في الماء فغرق من ساعته لا قصاص في قول أبي حنيفة، وفي قول صاحبيه يجب القصاص. وفي المنتقى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: رمى رجلاً من سفينة في بحر أو في دجلة أو غرق كما وقع فعلى عاقلته الدية، وإن كان حين ألقاه سبح ساعة ثم غرق فلا دية فيه. ولو ألقاه من سطح أو جبل أو ألقاه في بئر فعلى قول أبي حنيفة هذا خطأ العمد، أما على قولهما إن كان موضعاً يرجى منه النجاة غالباً فهو خطأ، وإن كان لا ترجى منه النجاة غالباً فهو عمد محض يجب القصاص به

. . . .

عندهما، وفي الخلاصة: لو جرح رجلاً جراحة لا يتوهم معها النجاة وجرح آخر جراحة أخرى فالقاتل هو الذي جرحه جراحة لا يتوهم معها النجاة، هذا إذا كانت الجراحتان متعاقبتين، فإن كانتا معاً وكلاهما قاتلة يقتلان به،وكذلك لو جرح رجلاً جراحة لا يتوهم معها النجاة. هذا إذا كانت الجراحتان متعاقبتين، فإن كانتا معاً وكلاهما قاتلة يقتلان به، وكذلك لو جرح رجلاً جراحتين والآخر جراحة واحدة كلاً منها قاتلة، إذا جرح رجل حتى مات فعلى قول أبي حنيفة لا قصاص عليه ولكن إن اعتاد ذلك فالإمام يقتله حد وهو نظير الساحر إذا تاب، وأمنا على قولهما إن دام على الخنق حتى مات فعليه القصاص كما لو قتله بحجر عظيم أو خشبة عظيمة. وإن كان ترك الخنق قبل الموت ثم مات بعد ذلك فإنه ينظر؛ إن دام على الخنق مقداراً لا يموت الإنسان منه غالباً فلا قصاص.

وفي الظهيرية: ولو قمط رجلاً ثم أغلى له ماء في قدر يثخنه حتى صار كأنه نار وألقاه في الماء فسلخ فمات قتل به وإن كان الماء حاراً لا يغلي غلياً شديداً فألقاه فيه ثم مكث ساعة ثم مات وقد سقط جلده قتل به وإلا فلا، وإن هو أخرج من القدر في هذه الوجوه وقد انسلخ فمات من ساعته أو يومه أو مكث أياماً يخاف عليه من ذلك قتل به، وإن عاش حتى يجيء ويذهب ومات من ذلك لم يقتل عليه الدية، وهذا قياس قول أبي حنيفة. ولو ألقاه في ماء بارد في يوم شاتٍ فمات ساعة ألقاه فعليه الدية، وكذلك لو أخذه فجعله في سطح في يوم شديد البرد فلم يزل حتى مات من البرد، وكذلك لو قمطه فجعله في الثلج، ولو أن رجلاً قمط رجلاً أو صبياً ثم وضعه في الشمس فلم يخلص حتى مات من حر الشمس فعليه الدية، ولو أن رجلاً أدخل رجلاً في بيت وأدخل معه سبعاً وأغلق عليه الباب وأخذ الرجل السبع فقتله لم يقتل به ولا شيء عليه، وكذا لو نهشته حية أو لسعته عقرب، وكذا لو قمط صبياً فألقاه في الشمس أو في يوم بارد حتى مات على عاقلته الدية. ولو ضرب إنساناً ضربة لا أثر لها في نفس لا يضمن شيئاً؛ نص الإمام السرخسي. في مجموع النوازل: رجل صاح بآخر فجاءه فمات من صحيته تجب فيه الدية، ولو سلخ جلد وجهه ففيه الدية، وإذا سقا رجلاً سماً فمات من ذلك فهو على ثلاثة أوجه: إما أن يكون أوجره على كره أو أكرهه على شربه حتى شرب أو ناوله وشربه من غير أن يكرهه عليه. فإن أوجره إيجاراً أو ناوله وأكرهه على شربه حتى شرب فلا قصاص وعلى عاقلته الدية. وفي الذخيرة ذكر المسألة في الأصل مطلقاً من غير خلاف ولم يفصل بين ما إذا كان مقدراً يقتل مثله غالباً أو لا يقتل، وهذا الجواب لا يشكل على قول أبي حنيفة وذلك لأن القتل حصل بحال لا يخرج لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار فكان خطأ العمد على مذهبه، وأما على قول أبي يوسف ومحمد فمن مشايخنا من قال الجواب عندهما على التفصيل إن كان ما أوجره من السم مقدار ما يقتل مثله غالباً كان عمداً محضاً، وإن كان قدراً لا يقتل مثله غالباً فإنه يكون خطأ العمد ومن

....

مشايخنا من قال بأنه على قولهم جميعاً يكون خطأ العمد، سواء كان مما يقتل مثله غالباً أو لا يقتل، وكان كمن أوجر رجلاً سقمونيا لا تحتمله النفوس فمات لا يكون عمداً محضاً. وإذا تناوله فشرب من غير أن أكره لم يكن عليه قصاص ولا دية، سواء علم الشارب بكونه سماً أو لم يعلم. وفي الخانية: لا قصاص عليه ولا دية لأنه شرب باختياره إلا أن الدافع خدعه فلا يجب عليه إلا التعزيز والاستغفار. ومن دفع سكيناً إلى رجل فقتل به نفسه لم يكن على الدافع شيء. وفي فتاوى الخلاصة: ادخل نائماً أو مغمى عليه أو صبياً في بيته فسقط عليه البيت ضمن في الصبي والمعتوه دون النائم، إن أدخل إنساناً في بيت حتى مات جوعاً أو عطشاً لا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة، وعندهما تجب الدية. وفي الكبرى: إذا طين على آخر بيتاً حتى مات جوعاً أو عطشاً لم يضمن شيئاً في قول أبي حنيفة. وقالا: عليه الدية. وفي الخانية قال محمد: يعاقب الرجل وعلى عاقلته الدية. وفي الظهيرية: ولو أن رجلاً أخذ رجلاً فقيده وحبسه حتى مات جوعاً قال محمد: أوجعه عقوبة والدية على عاقلته. والفتوى على قول أبي حنيفة أنه لا شيء عليه. وفي المنتقى سئل محمد عن رجل ألقى رجلاً حياً في قبر ومات قال: فيه دية. وفي الذخيرة: يقاد فيه لأنه قتله عمداً. وفي الكبرى: ولو ألقاه حياً في قبر يقتل به لأنه قتله عمداً وهذا قول محمد، والفتوى أنه على عاقلته الدية. وفي الظهيرية: والفتوى على قول أبي حنيفة. وفي المجرد روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: فلان قتله بحديدة أو قال بالسيف ثم قال إنما أردت غيره فأصابته درىء عنه القتل. وفي المنتقى: إذا قال الرجل قتلنا فلاناً بأسيافنا متعمدين ثم قال كان معي غيري لم يصدق وقتل به، ولو قال قتلت فلاناً متعمداً بحديدة فلما أخذ بذلك قال كنت يومئذ غلاماً لم يصدق وقتل به، ولو قال ضربت فلاناً بالسيف متعمداً ثم قال لا أدري مات منها أم لا ولكنه مات وقال الولي مات من ضربتك فالقول قول القاتل وعليه نصف الدية. وفي المنتقى: إذا قطع حلقوم الرجل وبقي شيء قليل من الحلقوم وفيه الروح فقتله رجل آخر فلا قود عليه لأن هذا ميت، ولو مات ابنه بعد ذلك وهو على تلك الحالة ورثه ابنه ولم يرث هو من ابنه. وفي الظهيرية: رجل نائم وهو صحيح فذبحه إنسان وقال ذبحته وهو ميت فإنه يقتل به قياساً، وفي الاستحسان تجب الدية. ولو شق بطن رجل وخرج أمعاءه كلها وسقطت على الأرض إلا أنه صحيح بعد فقتله رجل فلا قود عليه. وفي الخانية: رجل عدا على رجل فشق بطنه وأخرج أمعاءه ثم ضرب رجل عنقه بالسيف عمداً فالقاتل هو الذي ضرب العنق عمداً، وإن كان خطأ تجب الدية، وعلى الذي شق البطن ثلث الدية، وإن كان نفذ إلى الجانب الآخر يجب ثلثا الدية لأنهما حاشيتان في كل منهما ثلث الدية. هذا إذا كان مما يعيش بعد الشق يوماً أو بعض يوم، فإن كان الشق بحال لا يتوهم معه وجود الحياة ولم يبق معه إلا اضطراب الموت فالقاتل هو الذي شق البطن فيقتص في العمد وتجب الدية في الخطأ. ولو قتل رجلاً وهو في

. . . .

النزع فقتل القاتل به وإن كان يعمل أنه لا يعيش وسيأتي شيء من هذا الجنس. وفي فصل متفرقات الأسبيجابي: إذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فإن كان عمداً فعليه القصاص. وفي الجناية: رجل جرح رجلاً جراحة وآخر جراحة عمداً ثم صالح المجروح أحدهما عن الجرح وما يحدث منه على ما ثم مات منهما جميعاً عليه نصف الدية لوليه.

قال رحمه الله: **(وقتل الحر بالحر وبالعبد)** وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى ﴿الحر بالحر والعبد بالعبد﴾ [البقرة: ١٧٨] فهذا يقتضي مقابلة الجنس بالجنس، ومن ضرورة المقابلة أن لا يقتل الحر بالعبد، ولأن القصاص يقتضي المساواة ولا مساواة بينهما إذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية أمارة القدرة والمملوكية أمارة العجز. ولنا العمومات نحو قوله تعالى ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ [المائدة: ٤٥] وقوله تعالى ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ [البقرة: ١٧٨] وقوله عليه الصلاة والسلام «العمد قود» ولا يعارض بما تلي لأن فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقاً فلا يحمل على المقيد على أن مقابلة الحر بالحر لا تنافي الحر بالعبد لأنه ليس فيه إلا ذلك لبعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك لا يوجب تخصيص ما بقي ألا ترى أنه قابل الأنثى بالأنثى دليل على جريان القصاص بين الحرة والأمة، وفائدة هذه المقابلة في الآية على ما قال ابن عباس رضي الله عنهما كانت بين النضير وبني قريظة مقابلة وكانوا بنوا قريظة أقل منهم عدداً وكان بنوا النضير أشرف عندهم فتراضوا على أن العبد من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريظة، والأنثى منهم بمقابلة الذكر من بني قريظة فأنزل الله تعالى الآية رداً عليهم وبياناً على أن الجنس يقتل بجنسه على اختلاف مواضعتهم من القبيلتين جميعاً فكانت اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس، ولأنهما مستويان في العصمة إذ هي بالدين عنده وبالدار عندنا وهي المعتبرة فيجري القصاص بينهما حسماً لمادة الفساد وتحقيقاً لمعنى الزجر، ولو اعتبرت المساواة في غير العصمة في النفس لما جرى القصاص بين الذكر والأنثى، والقصاص يجب باعتبار أنه آدمي ولم يدخل في الملك من هذا الوجه بل هو منفي على أصل الحرية من هذا الوجه ولهذا يقتل العبد بالعبد، وكذا يقتل العبد بالحر، ولو كان مالاً لما قتل. وكذلك عجزه وموته وبقاء أثر كفره حكمي فلا يؤثر ذلك في سقوط العصمة ولا يؤثر شبهة، ولو أورث شبهة لما جرى القصاص بين العبيد بعضهم ببعض. ووجوب القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان بعد المساواة في العصمة ولهذا لا تقطع الصحيح بالشلاء، وفي النفس لا يشترط ذلك حتى يقتل الصحيح بالزمن والمفلوج ولا مساواة بين أطراف الحر والعبد لا في العصمة فأظهر أن أثر الرق فيها دون النفس لما أن العبد من حيث النفس آدمي مكلف خلق معصوماً. قال رحمه الله: **(والمسلم بالذمي)** يعني يقتل المسلم بالذمي. وقال الشافعي: لا يقتل به لما أخرجه

....

علي بن أبي طالب عن رسول الله ﷺ أنه قال «لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده»[(١)] الحديث. ولنا ما تلونا من كتاب الله وما روينا من السنة فإنه بإطلاقه يتناوله، وقد صح عن عبد الرحمن ابن سلمة ومحمد بن المنكدر أن رسول الله ﷺ أتى برجل من المسلمين قد قتل معاهداً من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه فقال: أنا أولى من وافي بذمته، والقصاص يعتمد العصمة على ما بينا في العبد وقد وجدت نظراً إلى الدار وإلى التكليف، ولأن شرط التكليف القدرة على ما كلف به ولا يتمكن من إقامة ما كلف به إلا يدفع أسباب الهلاك عنه، وذلك بأن يكون محرم التعرض ولا نسلم أن الكفر مبيح بنفسه بلا بواسطة الحراب ألا ترى أن من لا يقاتل منهم لا يحل قتله كالشيخ الفاني وقد اندفع الحراب بعقد الذمة فكان معصوماً بلا شبهة ولهذا يقتل الذمي بالذمي، ولو كان في عصمته خلل لما قتل الذمي بالذمي كما لا يقتل المستأمن بالمستأمن وقد قال علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا. وذلك بأن تكون معصومة بلا شبهة كالمسلم ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمي، ولو كانت في عصمته شبهة لما قطع كما لا يقطع في سرقة مال المستأمن لأن المال تبع للنفس وأمر المال أهون من النفس، فلما قطع بسرقته كان أولى أن يقتل بقتله لأن أمر النفس أعظم من المال ألا ترى أن العبد لا يقطع بسرقة مال مولاه ويقتل بقتل مولاه لما ذكرنا، والذي يدلك على ما قلنا أن الذمي لو قتل ذمياً ثم أسلم القاتل قبل أن يقتل قتل به فعلم أن المراد به الحربي إذ هو لا يقتل به مسلم ولا ذمي، ولا يقال معناه لا يقتل ذو عهد مطلقاً أي لا يحل قتله فيكون ابتداء كلام لأنا نقول: هذا لا يستقيم لوجهين: أحدهما أن ذا عهد مفرد وقد عطف على جملة فيأخذ الحكم منها لأن المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو أو يقال قتل زيد بعمرو وخالد أي كلاهما قام أو قتل، ولا يجوز أن يقدر له خبر آخر، والظاهر أن المعنى يأبى ذلك لأن المراد بسوق الكلام الأول نفي القتل قصاصاً لا نفي مطلق القتل فكذا الثاني تحقيقاً للعطف إذ لا يجوز ذلك ألبتة في المفرد ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿وما يستوي الأعمى والبصير﴾ [فاطر: ١٩] أن المنفي الاستواء في البصر والعمى لا في كل وصف، ولهذا أجرى القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة، وكذا نقصان حال الكافر بكفره لا يزيل عصمته فلا عبرة به كسائر الأوصاف الناقصة كالشلل والأنوثة، ولا نسلم أن كفره مبيح للقتل بلا حرابه هو المبيح وقد ذكرناه غيره مرة بخلاف ما ذكر من الملك والأخت من الرضاع فإنه مبيح للوطء، وإنما امتنع في الأخت المذكورة بعارض فأورث شبهة.

---

(١) رواه البخاري في كتاب الديات باب ٢٤، ٣١. أبو داود في كتاب الديات باب ١١. الترمذي في كتاب الديات باب ١٦. ابن ماجه في كتاب الديات باب ٢١. أحمد في مسنده (١/ ٧٩. ١١٩).

بالذمي ولا يقتلان بمستأمن والرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وناقص الأطراف وبالمجنون والولد بالوالد ولا يقتل الرجل بالولد والأم والجد والجدة

قال رحمه الله: **(ولا يقتلان بمستأمن)** أي لا يقتل المسلم ولا الذمي بحربي دخل دارنا بأمان لأن دمه ليس بمحقون على التأبيد فانعدمت المساواة، وكذا كفره باعث على الحراب لقصده الرجوع إلى دار الحرب ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحساناً لوجود المبيح. قال رحمه الله: **(والرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وناقص الأطراف وبالمجنون)** يعني يقتل الرجل الصحيح بهؤلاء وهو معطوف على ما تقدم من قوله «وقتل الحر بالحر الخ» لا على ما يليه من قوله «ولا يقتلان بمستأمن» وإنما جرى القصاص بينهم لوجود المساواة بينهم في العصمة والمساواة فيها هي المعبرة في هذا الباب، ولو اعتبرت فيما وراءها لا نسد باب القصاص ولظهر الفتن. قال رحمه الله: **(والولد بالوالد)** لما تلونا وروينا من العمومات ولما ذكرنا من المعاني. قال رحمه الله: **(ولا يقتل الرجل بالولد)** لقوله عليه الصلاة السلام «لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده»[1] ولأن الوالد لا يقتل ولده غالباً لوفور شفقته فيكون ذلك شبهة في سقوط القصاص، ولأن الأب لا يستحق العقوبة بولده لأن سبب لأحيائه فمن المحال أن يكون الولد سبباً لإفنائه ولهذا لا يقتله إذا وجده في صف المشركين مقاتلاً أو زانياً وهو محصن، وهذا لأن القصاص يستحقه الوارث بسبب انعقد للميت خلافه ولو قتل به كان القاتل هو الابن نيابة وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فإنه يرجم. أجيب بأن الرجم حق الله على الخصوص بخلاف القصاص؛ لا يقال فيجب أن يحد إذا زنى بجارية ابنه لأنا نقول: ثبت له حق الملك بقوله عليه الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك»[2]. قال رحمه الله: **(والأم والجد والجدة كالأب)** سواء كان من جهة الأب أو من جهة الأم لأنه جزؤهم فالنص الوارد في الأب يكون وارداً فيهم دلالة فكانت الشبهة شاملة للجميع في جميع صور القتل. وقال مالك رحمه الله تعالى: إن قتله ضرباً بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال أنه قصد تأديبه، وإن كان ذبحه ذبحاً فعليه القصاص لأنه عمد لا شبهة فيه ولا تأويل بل جناية الأب أغلظ لأن فيه قطع الرحم فصار كمن زنى بابنته حيث يرجم كما لو زنى بالأجنبية. والحجة عليه ما روينا وما بينا وليس هذا كالزنا ببنته لأن الأب لوفور شفقته يجتنب ما يضر ولده بل يتحمل الضرر عنه حتى يسلم ولده فهذا هو العادة الفاشية بين الناس فلا يتوهم أن يقصد قتل ولده، فإن وجد ما يدل على ذلك فهو من العوارض النادرة فلا يتغير بذلك القواعد الشرعية ألا ترى أن السفر المشقة غالباً كان له أن يترخص برخصة المسافرين فلا يتغير ذلك بما يتفق فيه لبعضهم من الراحة ولا كذلك الزنا. قال رحمه الله: **(وبعبده ومدبره ومكاتبه**

---

(١) رواه أحمد في مسنده (١/ ١٦). الترمذي في كتاب الديات باب ٩. الدارمي في كتاب الديات باب ٦.

(٢) رواه ابن ماجه في كتاب التجارات باب ٦٤. أحمد في مسنده (٢/ ١٧٩، ٢٠٤، ٢١٤).

كالأب وبعبده ومدبره ومكاتبه وبعبد ولده وبعبد ملك بعضه وإن ورث قصاصاً على أبيه سقط وإنما يقتص بالسيف مكاتب قتل عمداً وترك وفاء ووارثه سيده فقط أو لم

وبعبد ولده وبعبد ملك بعضه) يعني لا يقتل بهؤلاء لما روينا ولأنه لو وجب القصاص لوجب له كما إذا قتله غيره ولا يجوز له أن يوجب على نفسه عقوبة. وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه لما بينا والقصاص لا يتجزئ فيسقط في البعض لأجل أنه ملك البعض فيسقط في الكل لعدم التجزئ. قال رحمه الله: **(وإن ورث قصاصاً على أبيه سقط)** لما ذكرنا أن الابن لا يستوجب العقوبة على أبيه وصورة المسألة فيما إذا قتل الأب أخ امرأته ثم ماتت امرأته قبل أن يقتص به فإن ابنه يرث القصاص الذي لها على أبيه فسقط لما ذكرنا كما إذا قتل امرأته وليس لها ابن إلا أنها منه فيسقط القصاص قال رحمه الله: **(وإنما يقتص بالسيف)** وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يقتص بمثل ما قتل إن قتله بفعل مشروع، وإن قتِله بغير فعل مشروع كلواطة يتخذ له خشبة ويفعل به كما فعل. ولنا ما رواه سفيان من قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»[(١)] وهو نص على نفي استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحاً من غير السيف؟ وهل يتصور أنه يدل كلام واحد على نفي شي وإثباته معاً؟ والحق أن يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقاً بطريق الكناية كما أشار إليه المصنف بقوله «والمراد به السلاح». وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قالا: ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «لا قود إلا بالسيف»[(١)] والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله تعالى عنهم. وقال في النهاية: فإن قيل يحتمل أن يكون المراد من الحديث لا قود يجب إلا بالسيف لا أن يكون معناه لا قود يستوفي إلا بالسيف قلنا. القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعاً وإن حمل عليه كان مجازاً، ولأن القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والإبرة فلم يمكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وإنما السيف مخصوص بالاستيفاء اهـ. وما رواه كان مشروعاً ثم نسخ كما نسخت المثلة أو يكون اليهودي ساعياً في الأرض بالفساد فيقتل كما يراه الإمام ليكون أردع وهذا هو الظاهر، ولأن اليهودي كان أخذ المال ألا ترى إلى ما روي في الخبر عن أنس بن مالك أنه قال: عدا يهودي على جارية فأخذها بما معها الحديث. وهذا شأن قطاع الطريق وهذا يقتل بأي شاء الإمام ويؤيد هذا المعنى ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قتل اليهودي بخلاف ما كان قتل به الجارية. والاستيفاء إما أن يكون بحكم الإرث أو الملك أو بحكم السلطنة والولاية، والمستحق للقصاص والدية الورثة مثل ما يستحق ماله على فرائض الله تعالى يدخل في ذلك الزوج والزوجة، والوارث يقوم مقام المورث في استحقاق كل ما كان له من الأملاك والحقوق إلا أن الدية تجب حقاً للميت ابتداء حتى نقضي منها ديونه وننفذ وصاياه ثم تثبت للورثة بطريق الخلافة والوراثة عند أبي حنيفة رضي الله عنه حتى لو أقام واحد من الورثة البينة على

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الديات باب ٢٥.

يترك وفاء وله وارث يقتص وإن ترك وفاء ووارثا لا وإن قتل عبد الرهن لا يقتص

القصاص لا يملك أن يقتص وحده ولا ينفرد أحدهم بالأستيفاء، إذا كانوا كباراً حتى يجتمعوا لأنا لو أطلقنا للبعض الاستيفاء مع غيبة الباقين يؤدي إلى حق الباقين في الاستيفاء وكذلك ليس للسلطان استيفاؤه مع الكبير عنده خلافاً لهما؛ حجتهم أن ملك القصاص ثابت في المحل للكل بدليل أنهم يملكون الاعتياض والعفو عنه ويستوفي بحكم الملك عن الاختيار، ولو مات أحدهم يورث نصيبه وهذه فوائد الملك وثمراته، وملك الصغير معصوم محترم وأثر العصمة أن لا يقدر أحد على إبطاله إلا بعوض له إذا استيفاؤه معجلاً منجزاً يكون منتظماً دافعاً للمفسدة وهي صون القود وحفظه عن نظيره، فالفوات إليها إما بجهة الغيبة أو بجهة الموت فإن مدة الصبا مدة مديدة والموت في هذه المدة المديدة غير نادر وتغيب القاتل نفسه على وجه لا يطلع أحد عليه مخافة على نفسه غالب وليس بنادر. قال رحمه الله: (**مكاتب قتل عمداً وترك وفاء ووارثه سيده فقط أو لم يترك وفاء وله وارث يقتص**) أما الأول وهو ما إذا ترك وفاء ولا وارث له سوى المال فالمذكور هنا هو قولهما، وعن محمد رحمه الله تعالى لا يجب القصاص لأن سبب الاستحقاق قد اختلف ولأن المولى يستحقه بالولاية بأن مات حراً أو بالملك إن مات عبداً فاشتبه الحال فلا يستحق لأن اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط أصلاً كما إذا كان له وارث غير المولى فصار كما لو قال لغيره يعني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف الحكم. ولهما أن المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين وهو معلوم فلا يضر مجرد اختلاف السبب لأن السبب لا يراد لذاته وإنما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لاختلاف حكم السببين ولا يدري بأيهما يحكم فلا يثبت الحل بدون تعيين السبب. وأما الثاني وهو ما إذا لم يترك وفاء له وراث غير المولى فلأنه مات رقيقاً لانفساخ الكتابة بموته لا عن وفاء فظهر أنه قتل عبداً عمداً فيكون القصاص للمولى بخلاف معتق البعض إذا قتل ولم يترك وفاء له حيث لا يجب القصاص لأن العتق في البعض لا يفسخ بموته عاجزاً، ولأن الاختلاف في أنه يعتق كله أو بعضه ظاهر فأشبه المستحق فأورث ذلك شبهة كالمكاتب إذا قتل عن وفاء. أقول: فيه نظر لأنه قد مر من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يفضي إلى منازعة ولا إلى الاختلاف الحكم لا يبالي به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما إذا قتل المكاتب عمداً وليس له وراث سوى المال وترك وفاء، فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسألة معتق البعض إذا مات عاجزاً بأن المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاية وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين ولا إفضاء إلى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا إلى الاختلاف في الحكم، فمن أين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب؟ ثم أقول: لعل المراد بقولهم بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك

حتى يجتمع الراهن والمرتهن ولأبي المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه والقاضي

وفاء، فأما إذا كان له وارث غير المولى يرشد إليه ذكر مخالف هذه المسألة في حيز قوله «وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار إلى آخره» فيحنئذ يصح تتميم ما حمله المصنف في تعليله بقوله لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز بأن يقال فالمولى يستحق القصاص. في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالإرث فيكون السببان راجعين إلى الشخصين فيبالي باختلافهما للإفضاء إلى المنازعة تأمل تقف. واشتراط الوارث وقع اتفاقاً فإنه إذا لم يكن له وراث أيضاً الحكم كذلك لموته رقيقاً، وذكر ذلك لينبه على أنه لا فرق بين أن يكون له وارث أو لم يكن بخلاف المسألة الأولى.

قال رحمه الله: **(وإن ترك وفاء ووارثا لا)** أي لا يقتص وهذا بالإجماع وإن اجتمع المولى والوراث لاشتباه من له الحق لأنه إن مات حراً كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما فالقصاص للوارث، وإن مات عبداً كما قال زيد بن ثابت رضي الله عنه فالقصاص للمولى. قال ابن قاضي زاده على عبارة الهداية أقول: أطلق الوارث ههنا ولم يفيده بالحر وقيده في الصورة الآتية حيث قال: وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وكان الأولى أن يعكس الأمر فإنه إذا كان الوارث ههنا رقيقاً فالظاهر أنه يجب القصاص للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف لكون حق الاستيفاء للمولى خاصة إذ لا ولاية للأرقاء على استيفاء القصاص فلم يشتبه من له الحق ههنا، وأما إذا كانت الورثة أرقاء في الصورة السابقة فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعاً كما إذا كانت ورثته أحراراً لأنه مات عبداً في تلك الصورة، والتقييد بالأحرار يشعر بكون الحكم في الأرقاء خلاف ذلك على أن مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضاً في الروايات كما صرحوا به. فإن قلت: الرقيق لا يكون وارثاً لأن الرق أحد الأمور الاربعة التي تمنع عن الأرث كما تقرر في علم الفرائض فلا إحتياج إلى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لإشعاره بكون الرقيق أيضاً وراثاً قلت: المراد بالوارث هنا من كان من شأنه أن يرث والرقيق كذلك لأنه يرث عند زوال الرق لا من يرث بالفعل فيحتمل التقييد بالحرية وإلا يلزم أن لا يتم تقييد الورثة بالأحرار في الصورة الآتية أيضاً مع أنها قيدت بها في الكتاب بل في أصل الجامع الصغير للإمام الرباني.

قال رحمه الله: **(وإن قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن)** لأن الراهن لا يليه لما فيه من إبطال حق المرتهن في الدين لأنه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن في الدين لهلاك الرهن بلا بدل، وليس للراهن أن يستوفي تصرفاً يؤدي إلى بطلان حق الغير. وذكر في العيون والجامع الصغير لفخر الإسلام أنه لا يثبت لهما القصاص وإن اجتمعا فجعلاه كالمكاتب الذي ترك وفاء وارثاً، ولكن الفرق بينهما ظاهر فإن المرتهن لا يستحق القصاص لأنه لا ملك له ولا وفاء فلا يشبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما بينا. وفي العيون: العبد المرهون إذا قتل عمداً فإن اجتمعا على القصاص فلهما أن يقتصا في قوله أبي حنيفة وأبي

....

يوسف ويكون المستوفي هو الراهن. وقال محمد وزفر: لا قصاص وعلى القاتل القيمة. وفي الينابيع روى هشام عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يؤخذ من القاتل قيمته ويكون رهناً مكانه. وروى ابن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنهما إذا اتفقا على القصاص وقيمته أقل من الدين أو مثله فلهما ذلك، وإن اختلفا فلهما قيمته وتكون رهناً مكانه. ثم على قول أبي يوسف إذا اجتمعا على القصاص سقط الدين عن المرتهن في الرواية الظاهرة، وإن اجتمعا على أخذ القيمة يرجع المرتهن على الراهن بدينه كالعبد الموصى بخدمته. ولو قال المؤلف وإن قتل عبد فيه حقان تمامان لا يقتص حتى يجتمعا لكان أولى وأخصر؛ أما كونه أولى فلأنه يشمل العبد الموصى برقبته لإنسان وبخدمته لآخر وغيره. وقولنا «حقان» ليفيد أنه إذا كانا مالكين فلا بد من اجتماعهما. وكونه أخصر أظهر. وقولنا «تامان» ليخرج العبد المبيع المقتول قبل القبض كما سيأتي. وفي فتاوى الفضلي: الموصى به إذا قتل قبل أن يقبل الموصى له الوصية فلا قصاص للوارث ولا للموصى له إن اتفقا أنه مات قبل قبول الموصى له ثم بعد ذلك ينظر؛ إن قبل الموصى له الوصية رجع على القاتل بقيمته ولا ترجع الورثة بذلك والموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر إذا قتل عمداً فلا قصاص فيه إلا أن يجتمعا. وفي الكبرى: إن اتفقا بطل حق صاحب الخدمة ويستوفيه صاحب الرقبة وإن لم يرض صاحب الخدمة فإنه تجب القيمة على القاتل ويشتري بها عبداً آخر ويكون حاله مثل حال الأول. وفي القدوري قال أبو يوسف: العبد الممهور إذا قتل قبل قبض المرأة وبدل الخلع إذا قتل قبل قبض الزوج وبدل الصلح عن دم العمد إذا قتل في يد الغاصب عمداً، فإن شاء المالك اقتص من القاتل، وإن شاء ضمن الغاصب قيمة عبده ثم يرجع الغاصب على القاتل. وإن قتل العبد المبيع قبل القبض فالقصاص للمشتري إن أجاز البيع لأنه المالك، وإن نقص فللبائع لأن البيع ارتفع وظهر أنه المالك، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وفي العيون وفي فتاوى الفضلي: العبد المبيع إذا قتل قبل القبض عمداً يخير المشتري بين المضي والرد، فإن اختار المضي فله أن يقتص ولكن لا يكون له الاستيفاء إلا بعد نقد الثمن فقد جوزوا إجازة البيع بعد الموت هنا، ولو رد المشتري المبيع للبائع أن يقتص في قوله أبي حنيفة، وإذا أدى الثمن قال أبو يوسف: لا يقتص البائع. وعند محمد تجب القيمة في الوجهين لاشتباه المستحق. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: رجل قطع يد عبد رجل أو شجه رجل ثم إن المولى باعه ثم رد عليه بعيب بقضاء قاض أو وهبه المولى من إنسان ثم رجع في الهبة بقضاء أو بغيره ثم مات العبد من الجناية فإن مولى العبد يرجع على الجاني بجميع قيمته. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: لو أن أمة قطعت يدها خطأ وباعها المولى من إنسان على أنه بالخيار وردت على المولى فماتت عنده من القطع فعلى القاطع قيمتها تامة، وإن كان القطع عمداً رأت القصاص استحساناً. وفي نوادر داود بن رشيد عن محمد: عبد قطع رجل يده ثم مات ثم اختلف

....

القاطع والمولى في قيمته يوم القطع فقال القاطع كانت قيمته يوم القطع ألفي درهم فالقول قول القاطع، فإن غرم ذلك أو لم يغرم حتى تلفت اليد ومات فعلى قاطع اليد وعاقلته الدية، وأما النفس فلا يصدق واحد منهما عليه فيغرم القاتل قيمة النفس يوم تلفت ويكون على العاقلة ألف وخمسمائة منها أرش اليد. رجل فقأ عيني عبد وقطع الآخر رجله أو يده فبرئ وكانت الجناية عنهما معاً فعليهما قيمته أثلاثاً ويأخذان العبد فيكون بينهما على قدر ذلك، وكذلك لو كانت جراحة من اثنين معاً جراحة هذا في عضو وجراحة هذا في عضو يستغرق ذلك القيمة كلها فإنه يدفعه إليهما ويغرمان القيمة على قدر أرش جنايتهما ويكون بينهما على ذلك. وإن مات منهما والجناية خطأ فعلى كل واحد منهما أرش جراحته على حدة من قيمة عبد صحيح وما بقي من النفس عليهما نصفان، وإن علم أن إحدى الجراحتين قبل الأخرى وقد مات منهما فعلى الجارح الأول أرش جراحته من قيمته صحيحاً وعلى الجارح الثاني أرش جراحته من قيمته مجروحاً الجراحة الأولى، وما بقي من قيمته فعليهما نصفان. وإن برئ منهما والجراحة الأخرى تستغرق القيمة والأولى تستغرق القيمة فعلى الأول أرش جراحته وعلى الثاني أرش جراحته. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل حمل على عبد رجل مختوماً ورجل آخر حمل عليه مختومين وكان بغير إذن المولى فمات من ذلك كله فعلى صاحب المختوم ثلث القيمة، وعلى صاحب المختومين ثلثا القيمة وهو قول أبي حنيفة. وفي نوادر هشام عن أبي يوسف: رجل قتل رجلاً فجار رجل وادعى أنه عبده وأقام البينة وشهدوا أنه كان عبده فأعتقه وهو حر اليوم، فإن كان له وارث قضى لوارثه بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ، وإن لم يكن له وراث فلمولاه قيمته في الخطأ والعمد. وفي الذخيرة: عبد مقطوع اليد جاء إنسان وقطع رجله؛ إن قطع من هذا الجانب فعلى القاطع نقصان قيمة العبد المقطوعة يده، وإن قطعها من الجانب الآخر فعليه نصف قيمة العبد المقطوع يده. وفي مختصر الكافي: وعلى هذا البائع إذا قطع يد العبد المبيع قبل التسليم إلى المشتري فيسقط نصف الثمن، ولو كان العبد مقطوع اليد فقطع البائع يده الثانية قبل التسليم يغرم النقصان ويسقط من المشتري بقدره من الثمن حتى لو انتقض ثلث لسقط ثلث الثمن، وكذلك لو كان مكان قطع اليد فقء العين. وفي الظهيرية: ولو كان العبد مقطوع اليد فقطع إنسان يده الأخرى كان على قاطع اليد الثانية نقصان قيمته مقطوع اليد.

قال رحمه الله: **(ولأبي المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه)** يعني إذا قتل رجل قريباً للمعتوه فلولي المعتوه استيفاء القصاص وله أن يصالح لأن له تمام الشفقة والرأفة وله ولاية على المعتوه فقام مقامه، ولأن في الصلح منفعة المعتوه. قال جمهور الشراح: هذا إذا صالحا على مثل الدية، أما إذا صالحا على أقل من الدية لم يجز ويجب كمال الدية، ولنا فيه نظر لأن لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبي المعتوه عن دم قريبه مطلقاً لأنه

كالأب والوصي يصالح فقط والصبي كالمعتوه وللكبار القود قبل كبر الصغار وإن قتله

قال وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من الدية عملاً بإطلاقه. وإنما جاز صلحه على المال لأنه أنفع للمعتوه من القصاص فإذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى، والنفع يحصل بالقليل والكثير ألا ترى أن الكرخي قال في مختصره: وإذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز، قليلاً كان المال أو كثيراً، كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر؛ إلى هنا لفظ صاحب العناية. أقول: نظره ساقط جداً فإن لأصحاب التخريج من المشايخ صرف إطلاق كلام المجتهد إلى التقييد إذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه والله تعالى أعلم. أما القتل فلأن القصاص شرع للتشفي ودرك الثأر وكل ذلك راجع إلى النفس بولايته ولاية على نفسه فيليه كالإنكاح بخلاف الأخ وأمثاله حيث لا يكون لهم استيفاء قصاص وجب للمعتوه لأن الأب لوفور شفقته جعل التشفي الحاصل للابن ولهذا يعد ضرر ولده ضراً على نفسه، وأما العفو فلا يصح لأنه إبطال لحقه بلا عوض ولا مصلحة فلا يجوز، وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً لما بينا. والوصي كالأب في جميع ما ذكرنا إلا في القتل فإنه لا يقتل لأن القتل من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه، ويدخل تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف إذا لم يسر القود في النفس. وذكر في كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح في النفس لأنه فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لا يملك الاستيفاء. وجه المذكور هنا وهو المذكور في الجامع الصغير أن المقصود من الصلح المال والوصي يتولى التصرف فيه كما يتولى الأب بخلاف القصاص لأن القصد التشفي وهو مختص بالأب ولا يملك العفو لأن الأب لا يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو التشفي، وفي الاستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك فيها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فيه. والقاضي بمنزلة الأب فيه في الصحيح ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه وهذا أولى، والصبي كالمعتوه ولما عرف في موضعه. قال رحمه الله: **(والقاضي كالأب والوصي يصالح فقط والصبي كالمعتوه)** يعني أن القاضي يملك استيفاء القصاص في الصغير الذي لا ولي له وهو قول المتأخرين من أصحابنا. وذكر الناطقي أنه لا يملك والوصي يملك الصلح ولا يملك استيفاء القصاص. هذا الكلام فيما إذا كان المجني عليه مولى الصغير أو المعتوه، فلو جنى صغير أو مجنون على نفس أو طرف وأراد الأب أن يصالح عن ذلك فله ذلك. وقوله «والوصي يصالح فقط» هذا إذا كان القصاص في النفس، وأما إذا كان في الأطراف ففي رواية الأصل ليس له ذلك، وعلى رواية الجامع الصغير له ذلك. وذكر شيخ الإسلام أنه يملك ذلك على وجه الاستحسان. وقوله «والصبي كالمعتوه»

....

يعني ولي الصبي يملك ما قدمناه في أن ولي المعتوه يملكه. وفي العيون: إذا ثبت القتل عليه ثم جنى القاتل قال محمد: في القياس يقتل، وفي الاستحسان تؤخذ منه الدية.

قال رحمه الله: **(وللكبار القود قبل كبر الصغار)** يعني إذا كان القصاص مشتركاً بأن قتل رجل وله أولاد كبار وصغار فللكبار أن يعتلوا القاتل قبل أن يبلغ الصغار وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لأن القصاص مشترك بينهم ولأن الكبار ليس لهم ولاية على الصغار حتى يستوفوا حقهم فتعين التأخير كما لو كان الكل كباراً وفيهم كبير غائب أو كان أحد الوليين غائباً في العبد المشترك بخلاف ما إذا عفا الكبير حيث صح عفوه، وإن بطل حق الصغير في القصاص فإنه بطل بعوض فجعل كلا بطلان. ولأبي حنيفة ما روي أن عبد الرحمن بن ملجم حين قتل علياً قتل به وكان في أولاد علي صغار وكان بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الإجماع، ولهذا لو استوفى بعض الأولياء القتل بنفسه لا يضمن شيئاً ولو لم يكن له ذلك لضمن كما لو قتل من وجب عليه القصاص أجنبي فافترقا، وبخلاف ما إذا كان بين المولين وأحدهما صغير لأن سبب الملك أو الولاء وهو غير مكامل، وفي مسألتنا القرابة وهي متكاملة. قال الشارح: ولأنه حق لا يتجزئ لأنه سببه وهي القرابة لا تتجزئ. أقول: في تمام الاستدلال بعدم تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزأ القصاص نفسه فيه خفاء لأن العقل لا يجد محذوراً في كون السبب بسيطاً والمسبب مركباً، كيف والظاهر أن القرابة التي لا تتجزئ كما أنها سبب لاستحقاق القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضاً لاستحقاق الدية في القتل الخطأ مع أنه لا شك أن الدية تتجزئ لأنها مال والمال يتجزأ بلا ريب، فالأظهر في بيان كون القصاص حقاً لا يتجزئ ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية تقرير دليل الإمامين وهو أن القتل غير متجزئ، ثم إن بعض الفضلاء طعن في قولهم ههنا أن سبب القصاص هو القرابة حيث قال: كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة؟ اهـ. أقول: نعم السبب للزوج والزوجة هو الزوجية وفي العتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة إلا أن الظاهر أن قولهم ههنا وهو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتل في الأكثر قرابة، وإما بناء على أنهم أرادوا بالقربة ههنا الاتصال الموجب للإرث دون حقيقة القرابة فيعم الكل. وقيدنا محل الخلاف بكون القصاص بين الأخوين فلو كان بين الأب والأولاد الصغار أو بين الجد والأولاد الصغار فللأب والجد أن يستوفي القصاص بالإجماع، وفي الجامع: هذه المسئلة على وجهين: إما أن يكون القتل عمداً أو خطأ، فإن كان خطأ، فإن كان الشريك الكبير أبا الصغير كان له أن يستوفي جميع الدية حصة نفسه بحكم الملك وحصة الصغير بحكم الولاية، وإن كان الشريك الكبير أخاً أو عماً ولم يك وصياً للصغير يستوفي حصة نفسه ولا يستوفي حصة الصغير، وإن كان القتل عمداً إن كان الشريك الكبير أباً كان له أن يستوفي القصاص بالإجماع، وإن كان الشريك الكبير أجنبياً بأن قتل عبد وهو مشترك بين أجنبيين

بمر يقتص أن أصابه الحديد وإلا لا كالخنق والتغريق ومن جرح رجلاً عمداً فصار فراش حتى مات يقتص وإن مات بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد نصف الدية

أحدهما صغير والآخر كبير ليس للأجنبي أن يستوفي القصاص بالإجماع. وفي المنتقى: إلا أن يكون الصغير ابناً فيستوفي حينئذٍ، وإن كان الشريك الكبير أخاً أو عماً فعلى قول أبي حنيفة له أن يستوفي القصاص قبل بلوغ الصغير، وعلى قولهما ليس له ذلك حتى يبلغ الصغير، وعلى هذا الاختلاف إذا كان الشريك الكبير معتوهاً أو مجنوناً والكبير أخو المعتوه أو عمه وأراد السلطان أن يستوفي حصة الصغير مع الكبير لا شك أن على قول أبي حنيفة له ذلك، وأما على قولهما ليس له ذلك. وأجمعوا على أن القصاص إذا كان كله للصغير ليس للأخ الكبير ولاية الاستيفاء، والعبد المشترك بين صغير وكبير إذا قتل عمداً حتى وجب القصاص فأراد الكبير أن يستوفي القصاص؛ بعض مشايخنا قال إنه على الخلاف، وبعضهم قال لا يستوفيه الكبير بالإجماع. رجل له عبدان قتل أحدهما الآخر عمداً فللولي أن يستوفي القصاص من القاتل؛ ذكره محمد في آخر إعتاق الأصل في باب جناية الرقيق. قال رحمه الله: **(وإن قتله بمر يقتص أن أصابه الحديد وإلا لا كالخنق والتغريق)** هذا إذا أصابه بحد الحديد من غير خلاف، وإن أصابه بظهرها أو بالعود لا كالخنق والتغريق فهو على الخلاف الذي ذكرناه في أول الباب. والمرعود في طرفها حديدة قال العيني: المر بفتح الميم وتشديد الراء وهو خشبة طويلة في رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها ويحفر بها الأرض، وبالفارسية تسمى بيل قال. رحمه الله: **(ومن جرح رجلاً عمداً فصار فراش حتى مات يقتص)** يعني إذا جرح إنسان آخر فصار المجروح صاحب فراش حتى مات فإنه يقتص من الجارح لأن الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة أو البرء منه.

قال رحمه الله: **(وإن مات بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد نصف الدية)** لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدراً في الدنيا والآخرة، وفعله بنفس جنس آخر لكونه هدراً في الدنيا معتبراً في الآخرة حتى يأثم به، وفعل زيد معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس: هدر مطلقاً، ومعتبر مطلقاً ومعتبر من وجه دون وجه وهو فعله بنفسه فيكون الثابت فعلاً واحداً فيجب على زيد ثلث الدية، ثم إن كان فعل زيد عمداً تجب عليه الدية في ماله وإلا فعلى العاقلة لما عرف في موضعه. وفي المبسوط وغيره: المشاركة في القتل لا يخلوا إما أن يشارك القاتل من لا يكون فعله مضموناً أو يشاركه من يكون فعله مضموناً، فإن شاركه من لا يكون فعله مضموناً كالسبع والبهيمة والحربي والمرتد أو جرح انسان نفسه ثم جرحه آخر أو قطع الإمام يد السارق في سرقة ثم قطع آخر يده أو جرحه ومات فلا قصاص على القاتل بالإجماع، وإن شاركه من يكون فعله مضموناً كالخاطىء والصبي والمجنون فلا قصاص على واحد منهما ولو كان مكان العمد خطأ تجب دية واحدة، ولو جرحه رجلان

ومن أشهر على المسلمين سيفاً وجب قتله ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً في المصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلاً أو نهاراً في غيره فقتله المشهور عليه فلا شيء

عامداً ثم مات أحد الجارحين ثم مات المجروح أو رمى رجلان إلى آخر فمات أحدهما ثم أصاب السهمان فمات من ذلك هل يجب القصاص على الحي؟ قال بعضهم: يجب لأن فعل كل واحد منهما موجب. وقال بعضهم: لا يجب لأن فعل أحدهما إنما ينعقد موجباً بعد الإصابة فلا ينعقد أحدهما موجباً بانفراده. رجلان قتلا رجلاً أحدهما بالسيف والآخر بالعصا يقضي بالدية على عاقله صاحب العصا والقصاص على صاحب السيف. وفي المبسوط: أصله أن النفس متى تلفت بجنايات ووجب المال فإنه ينظر؛ إن تلفت بجنايات بني آدم فالعبرة فيها بعدد الجاني ولا عبرة بعدد الجنايات في حق الضمان حتى لو جرح واحد عشر جراحات خطأ وجرحه آخر واحدة خطأ بالدية عليهما نصفان لأن فعل الإنسان في نفسه معتبر لأنه لا ينقلب عن حكمه في الدنيا وهو القصاص والدية أو إلاثم في الآخرة فاعتبر عدد الجاني لا عدد الجنايات لأن كل جناية تصلح أن تكون سبب الموت لو انفردت والعلة لا تترجح بالزيادة من جنسها فاعتبر الكل جناية واحدة، وإذا تلفت بجنايات البهائم وبجنايات بني آدم فلا عبرة بعدد الجنايات لأن فعل البهائم هدر أصلاً لأنه لا يناط به حكم ما فاعتبر جنايات البهائم كلها كجناية واحدة لأن حكم الكل واحد وهو الهدر، وهذا كرجل به جروح ودماميل قاتله فجرحه رجل آخر فمات من الكل يضمن الجارح نصف الدية وبرفع النصف ويسقط عنه اعتبار عدد الدماميل لأنها مهدرة. ولو قطع رجل يده ولصاحبه حجر فشجه وعقره كلب فكسر رجله وافترسه سبع فعلى القاطع نصف الدية لأن النفس تلفت بجنايات أربع واحدة فصار كأنها تلفت بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة. ولو قطع يده رجل وجرحه آخر وجرح هو أيضاً نفسه وافترسه سبع ضمن القاطع ربع الدية والجارح ربعها لأن النفس تلفت بجنايات أربعة، ثنتان منها من بني آدم وهو معتبرتان، وواحدة من غير بني آدم وهي مهدرة فقد تلفت بجناية كل واحد من الأجنبين ربعه وقد سبق بيانه. قال رحمه الله: **(ومن أشهر على المسلمين سيفاً وجب قتله)** ولا شيء بقتله لقوله عليه الصلاة والسلام «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أبطل دمه» ولأن دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم يكن دفعه إلا به، ولا يجب على القاتل شيء لأنه صار باغياً بذلك، وكذا إذا أشهر على رجل سلاحاً فقتله أو قتله غيره دفعاً عنه فلا يجب بقتله شيء لما بينا، ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار في المصر أو خارج المصر لأنه لا يلحقه الغوث بالليل ولا في خارج المصر فكان له دفعة بالقتل بخلاف ما إذا كان في المصر نهاراً. وفي النوادر: يغسل ويصلى عليه، وعن الثاني يغسل ولا يصلى عليه. قال رحمه الله: **(ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً في المصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلاً أو نهاراً في غيره فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه)**

عليه ومن شهر عصا نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه قتل به وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية ولو ضربه الشاهر فانصرف فقتله الآخر قتل القاتل ومن دخل عليه غيره ليلا فاخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شيء عليه.

لما بينا من المنقول والمعقول. قال رحمه الله: (**ومن شهر عصا نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه قتل به**) لأن العصا خفيفة والغوث غير منقطع في المصر فكان بالقتل معتدياً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ظاهر لأنه ليس كالسلاح عنده، وقيل عندهما يحتمل أن يكون على الخلاف المذكور في العمد لأنه كالسلاح عندهما حتى يجب القصاص بالقتل به وقد بيناه، وقيل هذا في الزمان المتقدم، أما اليوم إذا شهر عليه العصا في مصر وقتله لا شيء عليه لأن الناس تركوا الإغاثة والغوث.

قال رحمه الله: (**وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية**) وعلى هذا الصبي والدابة. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا تجب الدية في الصبي والمجنون. وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا يجب الضمان في الكل لأنه قتله دفاعاً عن نفسه فصار كالبالغ العاقل وهذا لأنه يصير محمولاً على قتله بفعله كان قال له اقتلني وإلا قتلتك وكون الدابة مملوكة للغير لا تأثير له في وجوب الضمان كالعبد إذا شهر سيفاً على رجل فقتله فإنه لا يجب الضمان فكذا هذا فصار كالعبد إذا صال على الحر فقتله. ولأبي يوسف إن فعل الصبي والمجنون معتبر أصلاً حتى لا يعتبر في حق وجوب الضمان لأن جناية العجماء جبار وكذا عصمتها لحقها، وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما مسقطاً لحقهما لعصمتهما فلا يضمنان ويضمن الدابة بخلاف الصيد إذا صال على المحرم أو صيد الحرم على الحلال لأن الشارع أذن في قتله ولم يوجب علينا تحمل أذاه ألا ترى أن الخمس الفواسق أباح قتلها مطلقاً لتوهم الأذى منها فما ظنك إذا تحقق الأذى ومالك الدابة لم يأذن فيجب الضمان؟ وكذا عصمة عبد الغير لحق نفسه وفعله محظور فتسقط به عصمته. ولنا أن الفعل من هذه الأشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغياً فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا يجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما، فإذا لم تسقط كان قضيته أن يجب القصاص لأنه قتل نفساً معصومة إلا أنه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية. قال رحمه الله تعالى: (**ولو ضربه الشاهر فانصرف فقتله الآخر قتل القاتل**) معناه إذا شهر رجل على رجل سلاحاً فضربه الشاهر فانصرف، ثم إن المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوماً مثل ما كان لأن حل دمه كان باعتبار شهره وضربه، فإذا رجع على وجه لا يريد ضربة ثانياً اندفع شره فلا حاجة إلى قتله لارتفاع شره بدونه فعادت عصمته فإذا قتله بعد ذلك فقد قتل رجلاً معصوماً ظلماً فيجب عليه القصاص. قال رحمه الله: (**ومن دخل عليه غيره ليلا فاخرج**

باب القصاص فيما دون النفس

يقتص بقطع اليد من المفصل وإن كانت يد القاطع أكبر وكذا الرجل ومارن الأنف

السرقة فاتبعه فقتله فلا شيء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام «قاتل دون مالك» أي لأجل مالك، ولأن له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به انتهاء إذا لم يقدر على أخذه منه، ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لأن قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لأنه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضي فلا تسقط عصمته بخلاف السارق والذي لا يندفع بالصياح والله تعالى أعلم.

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرع من بيان القصاص فيما دون النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس لأن الجزء يتبع الكل. قال رحمه الله تعالى: **(يقتص بقطع اليد من المفصل وإن كانت يد القاطع أكبر وكذا الرجل ومارن الأنف والأذن)** لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] أي ذو قصاص لقوله تعالى: ﴿والسن بالسن﴾ [المائدة: ٤٥] والقصاص ينبني على المماثلة فكل ما أمكن فيه رعاية المماثلة يجب فيه القصاص وما لا فلا. وقد أمكن في هذه الأشياء التي ذكرناها ولا عبرة بكبر العضو لأنه لا يوجب التفاوت في المنفعة، وإذا قلنا أن المدار عن التساوي في المنفعة فلا تقطع اليمنى باليسرى، ولا الصحيحة بالشلاء، ولا يد المرأة بيد الرجل، ولا يد الحر بيد العبد. وقيد بقوله «من المفصل» لأنه لو قطع ذلك من غير المفصل لا قصاص فيه. وفي النوادر روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه إذا قطع شحمه اذنه يقتص منه، وإن قطع نصف إذنه وكان يقدر أن يقتص مثل ذلك اقتص منه لأن شحمه الأذن لها حد معلوم وللأذن مفاصل معلومة، فإذا قطع منها شيء يعلم أن القطع من أي المفصل أمكن القصاص، وكذلك إذا قطع غضروف الأذن قطعاً يستطاع فيه القصاص اقتص منه يعمل ذلك بحديدة أو بغير حديدة. وإن جذب أذنه فانتزع شحمته لا قصاص فيه وعليه الأرش في ماله، وإن كان أذن القاطع سكاً أي صغيرة الخلقة وأذن المقطوع صحيحة كبيرة كان بالخيار إن شاء ضمنه نصف الدية، وإن شاء قطعها على صغرها. وكذلك لو كانت أذن القاطع مقطوعة أو خرماء أو مشقوقة كان المقطوع بالخيار، وإن كانت الناقصة هي المقطوعة كان له حكومة عدل لا قصاص فيه. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: ولو قطع المارن وهو أرنبه الأنف ففيها القصاص، وإن قطع من أصله لا قصاص عليه لأنه عظم وليس بمفصل ولا قصاص في العظم. قال أبو حنيفة: لو قطع ذكره من أصله أو من الحشفة اقتص منه لأنه أمكن استيفاؤه وعلى سبيل المساواة إذ له حد معلوم فأشبه اليد من الكوع. قال رحمه الله:

والأذن والعين أن ذهب ضوءها وهي قائمة وإن قلعها لا والسن وإن تفاوتا وكل شجة

(والعين أن ذهب ضوءها وهي قائمة وإن قلعها لا والسن وإن تفاوتا وكل شجة تتحقق فيها المماثلة) لقوله تعالى ﴿والعين بالعين﴾ [المائدة: ٤٥] يعني لو ضرب العين فأذهب ضوءها وهي قائمة يجب القصاص لأنه أمكن بأن تحمى لها المرآة وتجعل على وجهه قطن رطب وتشد عينه الأخرى ثم تقرب المرآة من عينه بخلاف ما إذا انقلعت حيث لا يقتص منه لعدم إمكان رعاية المماثلة، وكانت هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه فشارو الصحابة فقال علي رضي الله تعالى عنه: يجب القصاص فبين إمكان الاستيفاء بالطريق التي ذكرناها. ثم هنا لم يعتبر الكبر والصغر حتى أجرى القصاص في الكل بأستيفاء الكل واعتبر بالشجة في الرأس إذا كانت استوعبت رأس ذلك المشجوج وهي لم تستوعبه رأس الشاج فأثبت للمشجوج الخيار إن شاء اقتص وأخذ بقدر شجته، وإن شاء أخذ أرش ذلك لأن ما لحقه من الشين أكثر لأن الشجة المستوعبة لما بين قرينه أكثر شيئاً من الشجة التي لم تستوعب ما بين قرينه بخلاف قطع العضو فإن الشين فيه لا يختلف، وكذا منفعته لا تختلف فلم يمكن إلا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه، وإذا قلعت لا يجب حيث لا يمكن المماثلة إذ لا قدرة لنا أن نفعل به كما فعل من غير زيادة ولا نقصان فلهذا لا يجب القصاص. وفي الهداية: ولو قلع السن من أصله يقلع الثاني تماثلاً. قال صاحب الكافي وعامة شراح الكتاب في هذا المقام: ولو قلع السن من أصله لا يقلع سنه قصاصاً لتعذر اعتبار المماثلة فربما تفسد به المماثلة ولكن تبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن، وعزاه الشارح إلى المبسوط. أقول: أسلوب تحريرهم ههنا محل تعجب فإن أحداً منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسئلة على خلاف ما ذكر في الكتاب، وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب إما بالقول وإما بالرد فكأنهم لم يروا أصلاً، نعم القول الذي نقلته ههنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشرائع، كيف وقد أخذه صاحب الوقاية فذكره في متنه حيث قال: ولا وقود في عظم إلا في السن فتقلع إن قلعت وتبرد إن كسرت. وكان ما أخذه متن الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه، وكذا ذكره في كثير من المتون: ثم إن التحقيق ههنا هو أنه إذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصاً أم يبرد بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم؟ فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال: إن كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق، وإن كانت الجناية بقلع سن ذكر القدوري أنه لا يقلع سن القالع ولكن يبرد سن القالع بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم ويسقط الباقي، وإليه مال شمس الائمة السرخسي.

وذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه يقلع سن القالع وإليه أشار محمد في الجامع الصغير

....

حيث ذكر بلفظ النزع والنزع والقلع واحد. وفي الزيادات نص على القلع إلى هنا لفظ المحيط. وأما الشفتان ففي كل واحدة منهما نصف الدية إن كان خطأ، وأما إذا كان عمداً فذكر الطحاوي في شرحه عن الإمام: إذا قطع شفة رجل السفلى أو العليا وكان يستطاع أن يقتص منه بقدر ما فعل يجب القصاص وإن قطع بعضه لا يجب ويقتص العليا بالعليا والسفلى بالسفلى. وقوله «والسن إن تفاوتت» يعني يجب قطع السن بالسن إذا أمكنت المماثلة. وإن تفاوتا في الصغر والكبر وإلا فلا وفي المنتقى: إذا أراد أن يقلع سن آخر ظلماً فله أن يقتله إذا كان في موضع لا يغيثه الناس. وفي الذخيرة: ومن أراد أن يبرد سن آخر فليس له أن يقتله وإن كان لا يغاث. وفي الأصل: ينبغي أن يؤخذ الضرس بالضرس والثنية بالثنية والناب بالناب ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل بل بالأعلى. وفي الخلاصة: الحاصل أن النزع مشروع والأخذ بالمبرد احتياط. وفي الجامع الصغير: وإذ كسر سن انسان وسن الكاسر أكبر يقتص منه وكذلك في القلع ولا قصاص في السن الزائدة وإنما فيها حكومة عدل، وإذا كسر سن انسان والسن المكسورة مثل ربع سن الكاسر يقتص منه ولا يكون على قدر الصغر والكبر بل يكون على قدر ما كسره من السن. وفي الحاوي: فإن كان سن المنزوع أطول وأعظم لم يكن له إلا القصاص، وإن كسر إن كان مستوياً يمكن استيفاء القصاص منه اقتص منه بمبرد، وإن لم يكن مستوياً ولا يستطاع أن يقتص كان عليه أرشه وفي الخلاصة: وإن كسر ثلثا ليس بمستو بحيث لا يستطاع أن يقتص منه فعليه أرش ذلك في كل سن خمس من الإبل أو من البقر. وفي المنتقى: إذا كسر من سن رجل طائفة منها انتظر بها حولاً فإذا تم الحول ولم يكمل فعليه القصاص تبرد بالمبرد ويطلب لذلك طبيب عالم أو يقال لها قيمتها كم ذهب منها، فإن قال ذهب منها النصف يبرد من سن القالع النصف. وفيه أيضاً: إذا كسر من رجل بعضها وسقط ما بقي فإن أبا يوسف كان يقول يجب القصاص. وفي القدوري: لا قصاص في المشهور، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: إذا نزع الرجل سن رجل فنبت نصفها فعليه نصف أرشها ولا قصاص في ذلك؛ فإن نبتت بيضاء تامة ثم نزعها آخر ينتظر بها سنة، فإن نبتت وإلا اقتص منه ولا شيء على الأول. وقال ابن أبي مالك قال أبو يوسف: يجب عليه فإن نبتت صفراء فعليه حكومة عدل. وقال ابن سماعة في السن إذا نزعت ينتظر بها سنة، فإن لم تنبت اقتص منه. وفي جامع الفتاوى في الاملاء: يقتص من ساعته وإن نبتت صفراء ففيها حكومة عدل. وروى ابن مالك عن أبي حنيفة في السن إذا نزعت ينتظر بها البرد ثم يقتص من الجاني. وفي شرح الطحاوي: إذا كسر بعض سن انسان عمداً ثم اسود الباقي بذلك أو احمرت أو اخضرت أو دخلها عيب بوجه من الوجوه فلا قصاص ويجب الأرش في مال الجاني، وبهذه الرواية تبين أن ما ذكره القاضي الإمام صدر الاسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير فإذا كسر بعض سن إنسان واسود الباقي يجب

....

فيها حكومة عدل ليس بصحيح. ولو قال المجني عليه أنا أستوفي القصاص في المكسور واترك ما أسود ليس له ذلك، وإذا ضرب سن انسان فتحرك ينتظر فيه حولاً فإن احمر أو اخضر أو اسود تجب الدية كاملة في مال الجاني، وإن اصفر اختلف المشايخ فيه؛ هكذا ذكر شيخ الاسلام في شرحه. قال بعضهم: يجب كمال أرش السن كما في الأسود والأحمر. وقال بعضهم يجب حكومة عدل. وذكر شيخ الإسلام أحمد الطواويسي في شرحه أن في هذا الفصل اختلاف الروايات، وروي عن أبي يوسف أنه يلزمه كمال الأرش كما في الأسود، وعن محمد أنه قال ينظر في ذلك، فإن كان يلحقه من الشين بسبب الاصفرار ما يلحقه من الشين بسبب الاسوداد يلزمه كمال الأرش وإلا فيقدر الشين. وعن أبي حنيفة أنه يلزمه حكومة عدل. وذكر القدوري أن هشاماً روى عن محمد عن أبي حنيفة أن سن الحر إذا اصفرت فلا شيء، وإن كان عبداً ففيه حكومة عدل، وعن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن فيه الحكومة، وروي عن أبي مالك عن أبي يوسف أن الصفرة إذا اشتدت حتى صارت كالخضرة ففيها كمال الأرش، وإن كانت دون ذلك ففيها الحكومة. ثم إن محمداً أوجب كمال الأرش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التي لا ترى أو من القوارض التي ترى قالوا: ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل إن كان السن من الأضراس التي لا ترى إن فاتت منفعة المضغ بالأسوداد يجب الأرش كاملاً، وإن لم تفت متفعة المضغ يجب فيه حكومة عدل، وإن كان السن قائمة من القوارض التي ترى وتظهر من الأسنان فيجب كمال الأرش بالاسوداد وإن لم تفت منفعته. وفي الينابيع: ولو ضرب سن انسان فتحركت سنة الأخرى فجاء للقاضي ليظهر أثر فعله، فإن أجله القاضي حولاً وقد سقطت سنة فاختلفا قبل السنة فقال المضروب من ضربك وقال الضارب لا بل من ضرب رجل آخر فالقول للمضروب، وإن جاء بعد السنة واختلفا فالقول للضارب، ولو لم تسقط لا شيء على الضارب. وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة عدل في الألم وفي شرح الطحاوي: ومن ضرب رجلاً حتى سقط أسنانه كلها وهي اثنان وثلاثون سناً منها عشرون أضراس وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فإن عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر ألفاً في السنة الأولى؛ ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من ثلاثة أخماس الدية، وفي السنة الثانية ثلث الدية، وفي السنة الثالثة وهي ما بقي من الدية والثلاثة أخماس. وإذا قلع الرجل سن رجل خطأ ثم نبتت فلا شيء على القالع عند علمائنا، وروي عنهما في النوادر أنه يجب الأرش، والصحيح ما قلنا لأن القياس يأبى وجوب الأرش بالقلع وإن لم تنبت لأن المتلف ليس بمال ولكنا تركنا القياس بالنص وإنما أوجب النص الأرش إذا لم تنبت مكانه أخرى فإذا نبتت مكانه أخرى يقع على أصل القياس، فإذا نبتت أخرى سوداء بقي الأرش على حاله. وإذا نزع سن رجل عمداً أو انتزع المنزوع سنه سن النازع ثم نبتت سن الأول فعلى الأول

....

أرش سن الثاني، ولو نبت معوجاً يجب حكومة عدل، وإن نبتت سوداء جعل كأنها لم تنبت.

وفي الكافي: ولو قلع سن غيره فردها صاحبها إلى مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع كمال الأرش. وقال الشافعي في قول عليه الضمان بخلاف ما لو قطع شجرة رجل فنبتت مكانها أخرى حيث لا يسقط الضمان. السغنافي ذكر في المبسوط: ولو قلع سن رجل فنبتت كما كانت فلا شيء عليه في ظاهر الرواية ويرجع على الجاني بقدر ما يحتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: لا يجب شيء. وفي الينابيع وقال أبو يوسف: لو نبتت سن البالغ بعد القلع لا يسقط الأرش بل تلزمه الدية كاملة بخلاف سن الصبي. وقال أبو حنيفة: لا شيء في سن الصبي. وقال أبو يوسف: فيها حكومة عدل وإذا لم تنبت يجب فيها الأرش كاملاً، وإذا قلع الرجل ثنية رجل عمداً واقتص له من ثنية القالع ثم نبتت ثنيته لم يكن للمقتص له أن يقلع تلك الثنية التي نبتت ثانياً، ومثله لو نبتت ثنية المقتص له ولم تنبت ثنية المقتص منه غرم المقتص للمقتص منه أرش ثنيته. قال في الاصل: إذا قلع الرجل سن رجل فأخذ المقلوع سنه وأثبتها في مكانها فثبتت فقد كان القلع خطأ فعلى القالع أرش السن كاملاً. قال شيخ الاسلام: وهذا إذا لم يعد إلى حالته الأولى بعد الثبات في المنفعة والجمال والغالب أن لا يعود إلى تلك الحالة، وإذا تصور عود الجمال والمنفعة وبالإثبات لم يكن على القالع شيء كما لو نبتت السن المقلوع. قال في الأصل: إذا نزع ثنية رجل وثنية الجاني سوداء فالمجني عليه بالخيار وعلى نحو ما ذكرنا في مسئلة العين وتفريع هذه المسئلة على نحو تفريع مسئلة العين. وفي السغناقي عن أبي يوسف فيما إذا قلع سن رجل بالغ ثم نبت مكانها أخرى يجب حكومة العدل لمكان الألم فيقوم وبه هذا الألم فيجب ما انتقص منه بسبب الألم من القيمة. ولو نزع ثنية رجل وثنية النازع سوداء فلم يتخير المجني عليه شيئاً حتى سقطت السن السوداء ونبتت مكانها أخرى صحيحة فقد بطل حق المجني عليه. وفي الكافي: وكذا إذا لم يكن للقالع ثنية حين قلع ثم نبتت فلا قصاص له وله الأرش، ولو قلع رجل ثنية رجل وثنية القلع مقلوعة فنبتت ثنيته بعد القلع فلا قصاص فيه وللمقلوع ثنيته أرشها. وفي المجرد عن أبي حنيفة: إذا نزع سن إنسان ينبغي للقاضي أن يأخذ ضميناً من النازع ثم يؤجله سنة من النزع، فإذا مضت سنة ولم تنبت اقتص منه، وعلى هذا إذا ضرب إنسان إنساناً وأسود السن فقال الضارب إنما اسودت من ضربة حدثت فيها بعد ضربتي فالقول للمضروب استحساناً؛ هكذا ذكر المسألة في الأصل وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف. وفي المنتقى في الباب الأول من الجنايات رواية الحسن عن أبي حنيفة في عين هذه الصورة أن القول قول الضارب وليس هذا في شيء من الجنايات إلا في السن للأثر. وفي النوازل سئل عن رجل ضرب على وجه رجل فتناثرت أسنانه كلها قال: يجب لكل سن دية خمسمائة. قال الفقيه: إن كانت جملتها اثنين وثلاثين يجب عليه ستة

تتحقق فيها المماثلة ولا قصاص في عظم وطرفي رجل وامرأة وحر وعبد وعبدين

عشر ألفاً، وإن كانت أسنانه ثلاثين فعليه خمسة عشر ألفاً، ولو كانت ثمانية وعشرين فعليه أربعة عشر ألفاً. وفي السراجية: في سن الرجل خمسمائة وفي سن المرأة نصف ذلك. وفي الفتاوى: أمره بنزع سنه ثم اختلفا فقال الآمر أمرتك بغير هذا فإنه قال: القول قول الآمر مع يمينه فإذا حلف فأرش السن على عاقله المأمور أو في ماله لا رواية في هذا. وفي المنتقى قالوا: وليس في نفس الآدمي شيء من الأعضاء ديته زائدة على دية النفس إلا الأسنان. رجلان قاما في اللعب ليتضاربا بالوكز يعني (مسه درن حابرل) فركب أحدهما الآخر وكسر سنه فعلى الضارب القصاص ولكن بالشرائط التي قلنا لأن هذا عمد والمسئلة كانت واقعة الفتوى على هذا. وفي الظهيرية: ولو قال كل واحد منهما (درن) فوكز أحدهما صاحبه لا شيء عليه وهو الصحيح بمنزلة قوله اقطع يدي فقطعها، وإذا قلع سن صبي وآخر حولاً فمات الصبي قبل تمام الحول فلا شيء على الجاني في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: فيه حكومة عدل وفي الكبرى قال: فيه حكومة عدل، وإذا ضرب سن رجل فاسود سن الرجل ثم جاء آخر فنزعها فعلى الأول تمام أرشها. وفي الخانية: خمسمائة وعلى الثاني حكومة عدل، وإذا نزع سن رجل وسن الثاني سوداء أو صفراء أو حمراء أو خضراء والنزع كان عمداً يخير المجني عليه إن شاء اقتص منه، وإن شاء ضمنه أرش سنه خمسمائة. وإن كان المعيوب سن المجني عليه فله حكومة عدل ولا يقتص سنه لسنه. وفي الخانية: ولو ضرب سن إنسان فاسودت وسن الجاني سوداء أو حمراء أو خضراء أو صفراء كان المجني عليه بالخيار إن شاء ضمنه، وإن شاء استوفى القصاص ناقصاً. وفي الكبرى: ولو نزع سن رجل فنبت نصفها فعليه نصف أرشها وإن نبتت صفراء ففيها حكومة عدل.

قال رحمه الله: **(ولا قصاص في عظم)** لقوله عليه الصلاة والسلام «لا قصاص في العظم» وقال عمر وابن مسعود: لا قصاص في عظم إلا في السن. وهذا هو المراد بالحديث وبموضوع صاحب العتاب ولأن القصاص ينبني عن المساواة وقد تعذر اعتبارها في غير السن. واختلف الأطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر أنه عظم لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق بينه وبين سائر العظام لأنه ليس بعظم فلعل صاحب الكتاب ترك السن لذلك لأنه لم يدخل تحت الاسم ولذا لم يستثنه في الحديث، ولئن قلنا بأنه عظم فالفرق بينه وبين سائر العظام أن المساواة فيه ممكنة بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذلك إن قلع سنه فإنه لا يقلع سنه قصاصاً لتعذر اعتبار المماثلة فيه فلربما تفسد به، وإنما يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن؛ كذا ذكره في النهاية معزياً إلى الذخيرة والمبسوط. قال رحمه الله: **(وطرفي رجل وامرأة وحر وعبد وعبدين)** أي لا قصاص في الطرف بين الرجل والمرأة. قوله «وطرف رجل وامرأة إلى آخره» فإن قيل:

وطرف الكافر والمسلم سيان وقطع يد من نصف ساعد وجائفة برئ منها ولسان وذكر

سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الأطراف وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس فإن الشلاء نقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل ولا يد عبد بحر. والجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي شائعاً مطلقاً والشلل ليس منه فيعتبر مانعاً من جهة الأكمل؛ كذا في العناية. ولا مماثلة بين طرفي الذكر والأنثى للتفاوت وبينهما في القيمة بتقسيم الشارع، ولا بين الحر والعبد، ولا بين العبدين للتفاوت في القيمة، وإن تساويا فيها بالظن فصار شبهة منع القصاص. فإن قيل: إن استقام عدم المماثلة في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لإمكان تساوي قيمتهما بتقويم المقومين أجيب بأن التساوي إنما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالمماثلة في الأموال الربوية بخلاف طرفي الحرين لأن استوائهما متيقن بتقويم الشرع، وبخلاف الأنفس لأن الخلاف فيها متعلق بإزهاق الروح ولا تفاوت فيه. قال صاحب الكفاية: فإن قيل قوله تعالى ﴿والعين بالعين والاذن بالاذن﴾ [المائدة: ٤٥] مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا: قد خص منه الحربي والمستأمن والعام إذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روي عن عمران بن حصين أنه قال: قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص اهـ. أقول: فيه نظر؛ أما أولاً فلأنه قد تقرر في علم الأحوال أن النص العام إذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصص منه البعض ظنياً في الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد، وأما إذا خرج من النص العام شيء مما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنياً في الباقي بل يكون باقياً على حالته الأولى، ولا شك أن مخرج الحربي والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطيعتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد، وقد مر منا غير مرة نظير هذا النظر في محاله. وأما ثانياً فلأن حديث عمران بن حصين إنما يفيد عدم جريان القصاص في الأطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيما بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فبقي الاعتراض بإطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين ولم يتم الجواب. قال رحمه الله: **(وطرف الكافر والمسلم سيان)** أي مثلان فيجري القصاص بينهما للتساوي في الأرش. وقال الشافعي: لا يجري لما ذكرنا من أصله. قال رحمه الله: **(وقطع يد من نصف ساعد وجائفة برئ منها ولسان وذكر إلا أن تقطع الحشفة)** أي لا قصاص في هذه الأشياء لعدم المماثلة فيها لأن في القطع من نصف الساعد كسر العظم ويتعذر التساوي فيها إذا لا ضابط له، وفي الجائفة البرء نادر فلا يمكن أن يخرج الثاني جائفة على وجه يبرأ منه فيكون إهلاكاً فلا يجوز، والذكر للسان ينقبضان وينبسطان فلا

....

يمكن اعتبار المماثلة فيهما إلا أن يقطع من الحشفة لأن موضع القطع معلوم فيصار إليه. وعن أبي يوسف أنه إذا قطع من أصلها يجب بخلاف ما إذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيه. قال في الينابيع: إذا قطع اليد من العضو والرجل من الفخذ فعندهما فيه الدية، وما فوق الكتف والقدم ففيه حكومة عدل، وعند أبي يوسف: ما فوق الكعب والقدم مع الأصابع. وفي الخلاصة: دية اليد تجب مؤجلة في سنتين ثلثاها في السنة الأولى والباقي في السنة الثانية، وإذا كسر يد عبد رجل أو رجله لا يجب في الحال شيء، ولو قطع أصبعاً زائدة وفي يده مثلها لا قصاص بالإجماع. وقال أبو حنيفة في الاقطعين والأشلين إنه لا قصاص هو قول أبي يوسف في رواية الحسن عنه، وكذلك مقطوع الإبهام أو الأصابع كلها إذا قطع إنسان يده فلا قصاص في قول أبي حنيفة أنه لا قصاص فيه وفيه حكومة عدل. ولو كسر عظماً من ساعد أو ساق أو غيره ففيه حكومة عدل، وفي ثدي المرأة دية كاملة ولا ذكر له في الكتب. وفي كسر الصلب دية كاملة إن منعه عن الجماع وأحد به فأما إذا لم يحد به ولم يمنعه من الجماع فهذا على نوعين: إما أن يبقى للجراحة أثر ففيه حكومة عدل ولم يجب كمال الدية، وأما إذا لم يبق لها أثر لم يجب فيه شيء وقد مر هذا فيما تقدم.

وفي الظهيرية: وكذا صدر المرأة إذا انكسر وانقطع الماء منه ففيه الدية، وفي الصلب إذا دق لكن يقدر على الجماع ففيه حكومة عدل، وإن لم يقدر وصار أحدب فدية كاملة، وإن عاد إلى حبله ولم ينقص ولكن فيه أثر الضرب ففيه حكومة عدل وإن لم يقدر وصار أحدب فدية كاملة، وإن عاد إلى حبلة ولم ينقص ولكن فيه أثر الضرب ففيه حكومة عدل، وإن لم يكن فيه أثر فلا شيء فيه في قول أبي حنيفة، وعندهما تجب أجرة الطبيب، وفي الذكر كمال الدية، وفي ذكر الخصي حكومة عدل سواء كان يتحرك أو لا يقدر الخصي على الوطء أو لا يقدر على هذا الخلاف ذكر العنين. وأما ذكر الشيخ الكبير إن كان يتحرك ولا يقدر على الوطء فالجواب فيه كالجواب في ذكر الخصي وذكر العنين. وفي التهذيب: وفي ذكر الخصي والعينين حكومة عدل وهو ما يرى القاضي بمشورة أهل البصيرة، وقيل يقوم أن لو كان عبداً مجبوباً وغيره فتجب نسبة النقصان من ديته كما لو نقص عشر القيمة يجب عشر الدية والأول أصح. وفي التجريد: المرأة إذا أفضاها فصارت لا تستمسك البول والغائط أو أحدهما ففيه دية كاملة، وفي الأنثيين كمال الدية. وإذا قطع الحشفة يجب كمال الدية فإن قطع باقي الذكر فإن كان قبل تخلل البرء تجب دية كاملة ويجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء فيجب كمال الدية في الحشفة وحكومة العدل في الباقي. وإذا قطع الذكر والأنثيين من الرجل الصحيح خطأ إن بدأ بقطع الذكر ففيه ديتان. وفي التجريد: وكذا إذا قطعها من جانب واحد. ولو بدأ بقطع الأنثيين ثم بالذكر ففي الانثيين الدية كاملة وفي الذكر حكومة عدل، وإن قطعهما من جانب الفخذ معاً فعليه ديتان. وفي التحفة: وفي الأنثيين إذا قطعهما

....

مع الذكر جملة واحدة في حالة واحدة يجب عليه ديتان: دية بإزاء الذكر ودية بإزاء الأنثيين. وإذا قطع الذكر أولاً ثم الأنثيين يجب ديتان أيضاً لأن بقطع الذكر قطع منفعة الأنثيين وهي إمساك المني، فأما إذا قطع الأنثيين أولاً ثم الذكر تجب الدية بقطع الأنثيين وتجب بقطع الذكر حكومة العدل، وفي الإليتين إذا قطعتا خطأ كمال الدية. وفي الظهيرية: وفي أحدهما نصف الدية. وفي المنتقى عن محمد: إذا قطع إحدى أنثييه وانقطع ماؤه دية ونصف قال: ولا نعلم ذهاب الماء إلا باقرار الجاني فإذا قطع الباقي من إحدى الأنثيين يجب نصف الدية. ولم يذكر في الكتاب الحكم في العمد والظاهر الأنثيين أنه يجب فيه القصاص حالة العمد وفي الرجلين كمال الدية في الخطأ، وفي أحدهما نصف الدية، وفي كل أصبع من أصابع الرجلين عشر الدية، وفي الرجل في العمد القصاص إذا قطع من مفصل القدم أو من مفصل الركبة أو من مفصل الورك، وإن قطعت من غير المفصل لا يجب القصاص. وفي الذخيرة: وكذلك الحكم في أصابع الرجلين إن قطعت من المفصل عمداً يجب القصاص، وإذا قطع الرجل خطأ من نصف الساق تجب الدية لأجل القدم وحكومة العدل فيما وراء القدم والكلام فيه نظير الكلام في اليد إذا قطعت من نصف الساعد. وإن كسر فخذه فبرأت واستقامت فلا شيء عليه، وفي قول أبي يوسف حكومة عدل، وذكر أبو سليمان عن محمد في كتاب الخراج قال أبو حنيفة: ما انكسر من إنسان يداً أو رجلاً أو غير ذلك وبرىء وعاد كهيئته فليس فيه عقل، وإن كان فيه نقص بأن برىء العظم وبقي فيه ورم ففيه من عقله بحساب ما نقص، وكذلك في الجراحة الجسد إذا برأ وعاد كهيئة فليس فيه شيء. ولو كان في شيء ذلك من شلل ففيه حكومة عدل إلا الجائفة فإن فيها ثلث دية النفس، وإذا طعن برمح أو غيره في دبره وصار لا يستمسك الطعام في جوفه ففيه الدية، وإذا ضرب فسلسل بوله وصار بحال لا يستمسكه ففيه الدية، وإذا ضرب فقطع فرج امرأة وصارت بحال لا يمكن جماعها ففيه الدية. وفي الينابيع: وكذا لو قطع فرجها من الجانبين حتى وصل إلى العظم، وإن قطع أحدهما ففيه نصف الدية. وفي فتاوى سمرقند: فإن جامع امرأة لا يجامع مثلها فماتت فعلى عاقلته ديتها. وفي جنايات المنتقى: إذا جامع امرأة فأفضاها حتى لا تستمسك البول فلا شيء عليه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: إن كانت لا تستمسك البول فعليه الدية في ماله، وإن كانت تستمسك فعليه ثلث الدية وفي الكبرى: وإن كانت بحيث تستمسك ففيها ثلث الدية وفي فتاوى الخلاصة: رجل جامع صغيرة لا يجامع مثلها فماتت، فإن كانت أجنبية فالدية على العاقلة، وإن كانت منكوحته فالدية على العاقلة والمهر على الزوج، ولو أزال بكارة امرأة بالحجر أو غيره يجب المهر.

وفي الينابيع: وإن زني بها مطاوعة وأفضاها فلا شيء عليه عندهما. وقال أبو يوسف: تجب الدية على عاقلته. وفي الينابيع: وإذا ضرب امرأة فأفضاها وصارت بحيث لا

إلا أن تقطع الحشفة وخير بين الأرش والقود إن كان القاطع أشل أو ناقص الاصابع

تستمسك، فإن كانت بكراً يجب جميع الدية ولا يجب المهر عندهما. وقال محمد رحمه الله: يجمع بينهما. وفي التجريد وقال أو يوسف: وإذا وطئ امرأة بشبهة فأفضاها وصارت لا تستمسك البول تجب الدية ولا مهر لها. وقال محمد: لها المهر والدية. ولو دق فخذها أو يدها من الوطء فأرش ذلك في ماله لأنه قد يقع على جسدها، وفي المجامع يتعمد ذلك فهذا منه عمد. وعن أبي يوسف عن محمد: رجل جامع امرأة ومثلها يجامع فمماتت من ذلك فلا شيء عليه. وقال أبو يوسف: إذا جامع امرأة فذهب منها عين أو أفضاها إن ماتت فهو ضامن. وقال محمد: يضمن في هذا أكله إلا الإفضاء والقتل في الجماع وهو قول أبي حنيفة فيما حكي عن هشام عن محمد قال: وهو قول أبي يوسف. وعن الفقيه أبي نصر الدبوسي: إذا دفع أجنبية فوقعت وذهبت عذرتها فعلى الدافع مثلها والتعزير. وعن الشيخ الإمام أبي حفص الكبير سئل عمن دفع امرأة فذهبت عذرتها ثم طلقها قبل الدخول بها كان عليه نصف المهر في قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف عليه جميع المهر. بكر دفعت بكراً أخرى فزالت عذرتها قال محمد: على الدافعة مهر مثل الأخرى. قال رحمه الله: **(وخير بين الأرش والقود إن كان القاطع أشل أو ناقص الاصابع أو كان رأس الشاج أكبر)** قيد بحالة القطع فجعلها قيداً في التخيير لأنها لو تغيرت بعد القطع لا يخير كما سيأتي بيانه. وأطلق في الشلاء فشمل ما إذا كان ينتفع بها أو لا فلو قيد في الشلاء فقال شلاء ينتفع بها لكان أولى كما سنبينه أيضاً. أما الأول فهو ما إذا كانت يد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع ويد المقطوع صحيحة كاملة الأصابع فلأن استيفاء حقه متعذر فيخير بين أن يتجوز بدون حقه في القطع وبين أن يأخذ الأرش كاملاً، ثم إذا استوفى القصاص سقط حقه في الزيادة. وقال الشافعي: يضمنه النقصان لأنه قدر على استيفاء البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه ويضمنه. ولنا أن الباقي وصف فلا يضمن بانفراده فصار كما لو تجوز بالرديء مكان الجيد، ولو سقطت يده المعيبة قبل اختيار المجني عليه بطل حقه ولا شيء له عليه فإن حقه تعين في القصاص لما مر أن موجب العمد القود عيناً وحقه ثابت فيه قبل اختياره بخلاف ما إذا قطعت بقود أو سرقة حيث يجب عليه الأرش. وقال الشافعي: يجب عليه الأرش في الموضعين لأنه لما تعذر استيفاء الحق طهر أنه كان مستحقاً عليه بخلاف النفس إذا وجبت على القاتل فقتل بجناية أخرى حيث لا يضمن. وأما الثاني وهو ما إذا كانت رأس الشاج أكبر بأن كانت استوعبت ما بين قرني المشجوج وفي استيفاء ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل، وفي استيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج فيتخير، ثم لو اختار القود يبدأ من أي الجانبين شاء لأنه حقه في ذلك المحل فكان له أن يتخير، ولو كانت رأس المشجوج أكبر تخير أيضاً لتقرير الاستيفاء كملاً. وفي السراجية: ولا يقطع الإبهام بالسبابة

....

ولا بالوسطى. والحاصل أنه لا يؤخذ شيء من الأعضاء إلا بمثله من القاطع. قال محمد في الأصل: وإذا قطع الرجل يد آخر وفيها ظفر سوداء يجب القصاص وإن لم يكن ظفر يد القاطع مسوداً لأن الأسوداد لا يوجب نقصاناً في منفعة اليد وهي البطش ألا ترى أنه لو قطع إنسان يده خطأ كان على عاقلة القاطع نصف الدية، وإذا لم يكن للاسوداد في الظفر أثر في نقصان دية اليد صار وجود هذا العيب وعدمه بمنزلة اليد الشلاء، وإن كان نقصاناً يوهن في البطش حتى يجب بقطعها حكومة عدل لا نصف الدية كان بمنزلة اليد الشلاء واليد الصحيحة لا تقطع بالشلاء. وإذا قطع الرجل يد رجل عمداً ويد القاطع ناقصة فهذا على وجهين: إما أن تكون ناقصة من حيث الصفة بأن كانت شلاء أو كانت ناقصة من حيث الأصابع بأن كانت ناقصة أصبع أو إصبعين، فإن كان النقصان من حيث الصفة فالمقطوع يده بالخيار، فإن اختار القطع فلا شيء له مع القطع عندهم جميعاً، وإن شاء لم يقطع واحد يده حتى يصل إليه بدل حقه على الكمال من ماله، وكان الشهيد برهان الائمة يقول: إنما يثبت الخيار للمقطوعة يده في هذه الصورة إذا كانت اليد الشلاء مما ينتفع بها مع ذلك، فأما إذا كانت غير منتفع بها فهي ليست بمحل القصاص فلا يخير المجني عليه حينئذٍ بل له دية صحيحة كما لو لم يكن القاطع يد أصلاً وبه يفتي، وتفريع المسألة بعد هذا على حسب ما ذكرنا في العين والسن الكبرى، وكذا لو كان القاطع صحيح اليد عند القطع فشلت يده بعد ذلك لا خيار للمجني عليه بين القصاص والأرش بل يقطع الشلاء أو يترك ولا شيء له، وإن كانت ناقصة فهذا على وجهين: إن كان النقصان حاصلاً لا بفعل أحد وإن كانت ناقصة من حيث القدر فكذلك يتخير، فإن اختار القطع فلا شيء له على القاطع.

وقال الشافعي رحمه الله: أخذ منه أرض ما كان فائتاً من الأصابع. هذا إذا كانت ناقصة وقت القطع فأما إذا نتقصت بعد القطع فهذا على وجهين: إن كان النقصان حاصلاً لا بفعل أحد بأن سقط أصبح من أصابعه بآفة سماوية الجواب فيه كالجواب فيما إذا كانت ناقصة وقت القطع، وكل جواب عرفته ثم فهو الجواب هنا، وإن كان بفعل أحد بأن قطع أصبعاً من أصابعه ظلماً أو قطع القاطع أصبعاً أو قضى به حقاً واجباً عليه فالجواب فيه كالجواب في اليد؛ هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه. فهذا إشارة إلى أن للمقطوع يده الخيار في الفصول كلها غير أن النقصان إذا كان بآفة سماوية واختار قطع اليد لا شيء له من الأرش عنده، وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرحه أنه إن قطع أصبعه بقصاص وجب عليه في الأصبح فللمقطوعة يده الخيار، وإن قطع يده ظلماً فلا خيار للقطاع وليس له إلا القصاص. وأشار إلى الفرق فقال: إذا قطع أصبعه قصاصاً فقد قضى بها حقاً مستحقاً عليه فيصير متلفاً بعد حق صاحب الحق فيكون له الخيار ولا كذلك ما إذا قطع يده ظلماً، وهذا الفرق إشارة إلى أنها لو سقطت بآفة سماوية فلا خيار له. ذكر الشيخ أحمد الطواويسي في شرحه أنها إذا قطعت

....

بقصاص فله الخيار، وإذا قطعت ظلماً أو بآفة سماوية فلا خيار له. هذا إذا كانت يد القاطع قائمة وقت القاطع، فأما إذا كانت فائتة وقت القطع بأن قطع يمين رجل ولا يمين للقاطع فحق المقطوع في الأرش في ماله لأنه لا يجد عين حقه وكان له بدل حقه، وإن كانت يد القاطع قائمة وقت القطع ثم فاتت بعد ذلك فهذا على وجهين: إما إن فاتت لا بفعله بأن فاتت بآفة سماوية بأن وقعت فيها أكلة فسقطت أو قطعها إنسان ظلماً أو فاتت من جهته بأن قضى حقاً واجباً، وإن أتلفه بنفسه بأن قطع يمينه، فإن فاتت بعد القطع لا بفعله فإنه يبطل حق المقطوع يده وذلك لأن حق المقطوع يده في العين فيفوت حقه بفوات العين كالعبد الجاني إذا هلك وكمال الزكاة إذا هلك ولا يضمن القاطع يده، وإذا قطع المفصل الأعلى من أصبع رجل عمداً أو اقتص منه ثم قطع أحدهما بعد ذلك يد صاحبه عمداً فلا قصاص بينهما. وفي النوازل: مقطوع الإبهام من يده اليمنى إذا قطع ساعد مثله لا قصاص وقال محمد: إذا قطع الرجل أصبع رجل من المفصل ثم قطع يد آخر وبدأ باليد ثم قطع الأصبع وذلك كله في يد واحد بأن كان في اليمنى وفي اليسرى وحضر صاحب الأصبع والمقطوعة يده وطلبا من القاضي القصاص فإن القاضي يقطع أولاً لصاحب الأصبع ثم يخير صاحب اليد، فإن شاء قطع الثاني لجهته ولا شيء له من أرش الأصبع، وإن شاء لم يقطع يده وكان له دية اليد في ماله، فرق بين هذا وبين ما إذا قطع يمنى رجلين ثم جاءا أو طلبا حقهما من القاضي فإن القاضي لا يبدأ بأحدهما بل يقضي لهما بالقصاص في يمينه ودية في ماله، هذا الذي ذكرنا إذا كان صاحب الأصبع وصاحب اليد حاضرين، فأما إذا كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً، فإن كان الحاضر صاحب الأصبع فلا يقطع الأصبع له، وإن كان الحاضر صاحب اليد فإنه يقطع له، وإذا جاء صاحب الأصبع بعد ذلك فإنه يأخذ أرش الأصبع من ماله. ولو قطع رجل أصبع رجل من المفصل الأعلى ثم آخر قطع من المفصل الأوسط ثم آخر قطع أصبعاً أخرى من المفصل السفلى وذلك كله في أصبع واحد. هذا على وجهين: إما أن يكون صاحب الأصابع حضوراً أو بعضهم غائباً، فإن كان الكل حضوراً وطلبوا من القاضي حقهم فإن القاضي يقطع من المفصل الأعلى لصاحب المفصل الأعلى، وإن كان صاحب الأسفل والأوسط ثابتاً في الأعلى لأنهما لا حق لهما في قطع المفصل الأعلى إلا على سبيل الشركة لأن القاطع لم يضع السكين على المفصل من أصابعهما وإنما وضع على صاحب المفصل الأعلى حق صاحب الأعلى من كل وجه، ثم خير صاحب المفصل الأوسط، وإنما وضع على صاحب المفصل الأوسط من كل وجه لأن حقه كان في مفصلين لأن الفائت منفصلان فبفوات أحدهما يتخير كما خير صاحب اليد بعدما قطعنا الأصبع لصاحب الأصبع، فإن شاء قطع من القاطع مفصله الوسطى ولا شيء له من دية الأصبع، وإن شاء لم يقطع وضمنه ثلث دية الأصبع لأنه فوت عليه من أصبع مفصلين فيضمن ثلث دية الأصبع. وإن حضر أحدهم وغاب الآخران، فإن كان الحاضر صاحب المفصل الأعلى

فصل

أو كان رأس الشاج أكبر وإن صولح على مال وجب حالاً وسقط القود وتنصف أن

يقطع، فإن قطع المفصل الأعلى له ثم حضر الآخران فإنهما يخيران على الوجه الذي ذكرنا، فإن اختار القطع لم يضمن لأحد منهما شيئاً، وإن قطع كف رجل من مفصل ثم قطع الآخر مرفقة وكانا حاضرين فإنه يبدأ بحق صاحب الكف.

وفي الكافي: قطع يمين رجلين فقطع أحدهما إبهامه وقطع الآخر كفه فعلى قاطع اليدين خمسة آلاف درهم لقاطع الإبهام أربعة آلاف ولقاطع الكف ألف درهم، وإن بدأ الأجنبي فقطع أصبعاً من أصابع القاطع ثم قطع أحد صاحبي القصاص بعد ذلك أصبعاً من أصابع اليدين ثم عاد الأجنبي فقطع أصبعاً من أصابع القاطع، ثم أن الذي لم يقطع شيئاً من أصابع القاطع قطع الكف وعليها أصبع فإن القاضي يقضي على القاطع بدية يديه وأخذ ربعها للذي أخذ الكف وثلاثة أرباع للذي قطع الأصبع ولا يجعل الأصبع الذي قطعه الأجنبي قبل قطع أحد صاحبي القصاص قائماً حكماً، فإن اجتمع صاحب القصاص على قطع الكف مع الأصبعين فالدية المأخوذة تقسم بينهم لقاطع الأصبع والآخر الخمسة إتمامها. وفي الجامع الصغير: رجل قطع يد رجل من المفصل وليس في الكف إلا أصبع واحد ففيه عشر الدين، فإن كان فيه أصبعان فالخمس ولا شيء في الكف. وقالا: ينظر إلى أرش الأصبع بالكف فيكون عليه الأكثر ويدخل القليل في الكثير. سئل أبو يوسف ومحمد عن رجل قطع يد رجل خطأ ثم قطع رجله من خلاف خطأ ماذا يجب عليه؟ فقالا: يجب عليه دية كاملة لكل عضو نصفها. وفي الجامع الصغير الحسامي: رجل قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات يقتل المقتص منه وعن أبي يوسف أنه لا يقتص.

فصل:

لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية أتبع الصلح ذلك في فصل على حدة. قال رحمه الله: **(وإن صولح على مال وجب حالاً وسقط القود)** يعني إذا صالح القاتل أولياء المقتول على مال عن القصاص سقط القصاص ووجب المال حالاً قليلاً كان المال أو كثيراً لقوله تعالى ﴿فمن عفى له من أخيه شيء﴾ [البقرة: ١٧٨] الآية. ولقوله عليه الصلاة والسلام «أولياء المقتول بين خيرتين أن يأخذوا المال أو يقتلوا القاتل» بخلاف حق القذف فإنه حق الله تعالى فلا يجري فيه العفو ولا التعويض. وبخلاف ما إذا كان القليل خطأ حيث لا يجوز بأكثر من الدية لأنه دين ثابت في الذمة فيكون أخذ أكثر منها رباً. وإنما وجب حالاً لأنه دين وجب بالعقد والأصل في مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لأنها لم تجب بالعقد وإنما وجبت بسقوط القود، ولأنه موجب العقد ولأنه لم يرض ببذل

أمر الحر القاتل وسيد القاتل رجلاً بالصلح عن دمهما على ألف ففعل فإن صالح أحد الأولياء من حظه على عوض أو عفا فلمن بقي حظه من الدية ويقتل الجمع بالمفرد

المال إلا مقابلاً به فيوفر عليه مقصوده وهو الحال. وقوله «وإن صولح الخ» أطلق في العبارة فشمل ما إذا كان المقتول متعدداً والقاتل واحداً قبل القضاء بالقصاص أو بعده والإطلاق في محل التقييد لا ينبغي، فلو قال وإن صالح في واحد قبل القضاء بالقصاص أو بعده إلى آخره كان أولى لأن في قولنا في واحد يخرج ما إذا كان المقتول متعدداً والقاتل واحداً أو حصل العفو، وبقولنا قبل القضاء أو بعده يفيد أنه إذا كان المقتول واحداً فالعفو يسقط القصاص قبل القضاء وبعده بخلاف ما إذا كان المقتول متعدداً على تفصيل يأتي بيانه. قال رحمه الله: **(وتنصف أن أمر الحر القاتل وسيد القاتل رجلاً بالصلح عن دمهما على ألف ففعل)** معناه لو كان القاتل حراً وعبداً فأمر الحر القاتل ومولى العبد رجلاً بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل المأمور فالألف على الحر والعبد نصفان لأنه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فيقسم بدله عليهما بالسواء، ولأن الألف وجبت بالعقد وهو مضاف إليهما فينصف موجبه وهو الألف عليهما. قال رحمه الله: **(فإن صالح أحد الأولياء من حظه على عوض أو عفا فلمن بقي حظه من الدية)** لأن كل واحد منهم متمكن من التصرف في نصيبه استيفاء وإسقاطاً بالعفو وبالصلح لأنه يتصرف في خالص حقه فنفذ عفوه وصلحه فسقط به حقه من القصاص، ومن ضرورية سقوط حقه سقوط حق الباقين أيضاً فيه لأنه لا يتجزئ، ألا ترى أنه لا يتجزئ ثبوتاً فكذا سقوطاً. وفي عبارة المصنف قصور من وجهين: الأول أنه يقال صالح عن كذا. وذكر في الكتاب كلمة من الثاني قوله من نصيبه يوهم تجزئ القصاص وقد قدمنا أنه لا يتجزئ، قال الشارح: بخلاف ما لو قتل رجلين فعفا أولياء أحدهما حيث يكون لأولياء الآخر قتله لأن الواجب فيه قصاصان لاختلاف القاتل والمقتول فسقوط أحدهما لا يسقط الآخر ألا ترى أنهما يفترقان ثبوتاً، وكذا بقاء بخلاف ما نحن فيه فإذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالاً لأنه تعذر استيفاؤه فيجب المال كما في الخطأ فإن سقوط القصاص فيه لمعنى في القتل وهو كونه مخطأ ولا يجب للعافي شيء لأنه أسقط حقه المتعين بفعله ورضاه بلا عوض بخلاف شركائه لعدم ذلك منهم فينقلب نصيبهم مالاً والورثة في ذلك كلهم سواء. وقال مالك والشافعي: لا حق للزوجين في القصاص ولا في الدية لأن في الوراثة خلافه وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت. وقال ابن أبي ليلى: لا يثبت حقهما في القصاص لأن سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد ألا ترى أن الوصي لا يثبت له حق في القصاص لأن المقصود في القصاص التشفي والانتفاع وذلك يختص به الأقارب الذين ينصر بعضهم بعضاً ولهذا لا يكون أحدهما عاقلة الآخر لعدم التناصر. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «من

....

ترك مالاً أو حقاً فلورثته»[١] الحديث. والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال، وأمر عليه الصلاة والسلام بتوريث امرأة أسيم الضبابي من دية زوجها أسيم، ولأن القصاص حق يجري فيه الإرث حتى إذا قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الابن وبين ابن الابن فيثبت كسائر الورثة، والزوجية تبقى بعد الموت حكماً كما في حق الإرث أو يثبت الإرث مستنداً إلى سببه وهو الجرح، وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث. والدية حكمها حكم سائر الأموال ولهذا لو أوصى بثلث ماله تدخل الدية فيه والقصاص بدل النفس كالدية فيورث كسائر أمواله ولهذا لو انقلبت مالا يقضى به دينه وتنفذ به وصاياه. واستحقاق الإرث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة لا بالعقد ألا ترى أنه لا يرتد بالرد بخلاف الوصية ولهذا يتبين أن الاستحقاق ليس بالعقد بل بالعقد ولا يلزم من عدم التناصر وعدم العقل عدم الإرث للقصاص ألا ترى أن النساء من الأقارب لا يعقلن ويرثن القصاص والدية أقرب منه إذا المرأة لا تعقل عنها أبناؤها الكبار ويرثونها.

قال رحمه الله: **(ويقتل الجمع بالمفرد)** لما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا واحداً فقتلهم عمر به وقال: لو تمالآ عليه أهل صنعاء لقتلتهم. ولأن القتل بطريق التغالب والقصاص شرع حكمه للزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به فيجري القصاص عليهم جميعاً تحقيقاً لمعنى الإحياء، ولولا ذلك لسد باب القصاص وفتح باب التغالب إذ لا يوجد القتل من واحد غالباً لأنه يقاومه الواحد فلم يقدر عليه فلم يحصل إلا نادراً والنادر يشرع فيما يغلب لا فيما يندر. قال صاحب النهاية: هذا جواب الاستحسان. وفي القياس لا يلزمهم القصاص لأن المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المتعدي، وفي النقصان من النجس بحق المتعدي عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد في شيء هذا يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلاً للواحد فكيف تكون العشرة مثلاً للواحد؟ وأيد هذا القياس قوله تعالى ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ [المائدة: ٤٥] وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن ترك هذا القياس بما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال: لو تمالآ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به. انتهى كلامه. أقول: فيه بحث لأنه صرح بأن هذا القياس مقيد بقوله تعالى ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ [المائدة: ٤٥] وقال في بيانه: وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذا لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لأن عمر إن كان منفرداً في قضائه

(١) رواه البخاري في كتاب الكفالة باب ٥. كتاب الفرائض باب ٤، ٢٥. مسلم في كتاب الفرائض حديث ١٤ـ ١٧. أبو داود في كتاب الإمارة باب ١٥. الترمذي في كتاب الفرائض باب ١. أحمد في مسنده (٢/ ٢٨٧، ٢٩٠) (٥/ ٣٣٥، ٥٢٧).

والفرد بالجمع اكتفاء فإن حضر واحد قتل وسقط حق البقية ولا يقطع يد رجلين بيد

وقوله المزبورين فظاهر لأن قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلاً عن الرجحان عليه، وإن انضم إليه إجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الإجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك إذ قد تقرر في أصول الفقه أن الإجماع لا يكون ناسخاً للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخاً لشيء منهما، فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما هو مقتضى القياس في هذه المسألة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجيء منا الكلام في التوفيق بينهما بعيد القول إن شاء الله تعالى. قالوا: القتل بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمه الزجر فيجب تحقيقاً لحكمه الإحياء. قال صاحب العناية: لقائل أن يقول ما ذكرت من المقتول إن لم يكن قياساً على مجمع عليه لا يكون معتبراً في الشرع، وإن كان فلا يربو عن القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى ﴿أن النفس بالنفس﴾. والجواب أنه قياس سائر أبواب العقوبات المرتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة الباطن وهو إحياء كلمة الإحياء وقوله تعالى ﴿أن النفس بالنفس﴾ لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم كشخص واحد. اهـ كلامه. أقول: فيه نظر لأن جعل الأشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة شخصاً واحداً بمجرد صدور إزهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم متساوين كشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جداً عن مساعدة العقل والنقل، وأيضاً ينافي هذا ما سيأتي في تعليل المسألة الآتية من أن الأصل أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال الصادر منهم بهذا الاعتبار فثلاث متعددة على عدد رؤوسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندي ههنا أن يقال: إن قوله تعالى ﴿أن النفس بالنفس﴾ لا ينافي ما قالوا في هذه المسألة إذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن تقتل النفس بما في قوله تعالى ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف﴾ [المائدة: ٤٥] ونحوهما. وأما أنه هل تحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعذر النفس في جانب القاتل والمقتول وإنما يستفاد ذلك من دليل آخر ألا ترى أن العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى ﴿والعين بالعين﴾ لا يدل عليه نظراً إلى ظاهر إطلاقه بل إنما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا هنا تبصر. قال رحمه الله: **(والفرد بالجمع اكتفاء)** يعني إذا قتل واحد جماعة يقتل بهم يعني إذا حضر الأولياء وطلبوا يقتل بهم. وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: يقتل بالأول فقط. ولنا أنه لو قتل كل واحد منهم بوصف الكمال فيقتل بهم لحصول التماثل. وفي الحاوي: قتل رجلاً فقيل له لم قتلت فلاناً فقال قد كان ذلك كله مكتوباً في اللوح المحفوظ، ثم قال آخر لم قتلت غلامي فقال

....

قتلت عدوي يقتل. وفي المحيط: وإذا قتل واحد رجلين يقتص بهما ولا يغرم الدية لأن بقتله صار كل واحد منهما مستوفياً حقه على الكمال لأن حق كل واحد منهما في عدم الحياة وبقتل الواحد حصل لهما إعدام الحياة معنى لما بينا. وإن حضر أحدهما والآخر غائب كان للحاضر أن يستوفي القصاص لأن كل واحد في إتلاف كل النفس واستيفاء البعض لمكان المزاحمة ولا مزاحمة هنا لأن حق الحاضر قد ظهر عند القاضي وحق الغائب لم يظهر وصار كأحد الشفيعين إذا حضر فقضى له بالجميع فكذا هذا. ولو كان قطع اليدين لهما فقطع لأحدهما والمسألة بحالها فللآخر دية يده بخلاف القصاص بالنفس إذا قضى لأحدهما وقتله لم يجب للآخر شيء لأن فوات حقه في الاستيفاء يكون سبباً لقصور في المحل فإنهما إذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد منهما مستوفياً حقه على الكمال فلا تجب معه الدية، وإما في الطرف فوات حقه بسبب قصور في المحل لا يضر عن إيفاء حق كل واحد منهما فيجب الضمان. ولو عفا أحدهما قبل القضاء بالقصاص أو الدية بطل حقه واقتص للآخر لأن المزاحمة قد انقطعت بالعفو فبقي حق الآخر في الكل، وإن عفا بعد القضاء بالقصاص وصالح ولي المقتول فالدية بينهما، فلو قتل وقطع اليد من آخر وأخذ الدية فللساكت دية اليد عند محمد. وقالا: للساكت أن يقطع اليد على أن لهما حق استيفاء القصاص في يد واحدة واستيفاء دية واحدة ولا قصاص مع وجود الموافقة والملائمة وانعدام المنازعة والمشاجرة ولكنه أقصى ما يجب لهما وهو أن يجتمعا على القطع وأخذ الدية بينهما فصار الحال بعد القضاء كالحال قبله. ولو أخذ الدية عن اليد ثم عفا أحدهما يكون للآخر نصف الدية لأنهما لما قبضا الدية فقد ملكاها، ومن ضرورة ثبوت الملك في المستوفي أن لا يبقى الحق في اليد فسقط حق كل واحد منهما في نصف اليد كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد فلا يتمكن من استيفاء كل اليد بدون نصيب العافي فبطل حقه في القصاص فامتنع القطع لأن موجبه الدية في نصيبه كما إذا كان خطأ، ولو أخذ الدية كفيلاً ثم عفا أحدهما فللآخر القصاص لأن الكفالة توقيف.

قال رحمه الله: **(فإن حضر واحد قتل وسقط حق البقية)** كموت القاتل حتف أنفه لفوات محل الاستيفاء فصار كموت العبد الجاني وفيه خلاف الإمام الشافعي لأن الواجب عنده أحدهما على ما بينا، **فإن** فات أحدهما قضى الآخر لفوات المحل وقد قدمناه. قال رحمه الله: **(ولا يقطع يد رجلين بيد)** معناه إذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما. وقال الإمام الشافعي: تقطع أيديهما ومحل الخلاف فيما أخذ سكيناً واحداً من جانب وأمراها على يده حتى انقطعت هو يعتبرها بالأنفس لأن الأطراف تابعة لها وملحقة بها فأخذت حكمها بخلاف ما إذا أمر أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب حتى التقت السكينان في الوسط وبانت اليد حيث **لا** يجب القصاص فيه على واحد منهما لأنه لم يوجد من كل واحد منهما إمرار السلاح على بعض العضو. ولنا أن كل واحد منهما قاطع للبعض لأن ما

....

انقطع بقوة أحدهما أن يقطع بقوة الآخر فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض والأثنين بالواحد لانعدام المساواة فصار كما إذا أمرها كل واحد من جانب الآخر بخلاف النفس فإن شرط فيه المساواة في العصمة لا غير، وفي الطرق يعتبر المساواة في النفع والقيمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء النفس السالمة من العيوب تقتل بالمفلوج والمسلول، وكذا الاثنان بالواحد فلا يصح القياس على النفس، ولأن زهوق الروح لا يتجزئ فأضيف إلى كل واحد كلاً وقطع العضو يتجزئ ألا ترى أنه يمكن أن يقطع البعض ويترك الباقي، وفي القتل لا يمكن ذلك ولهذا لو أمر أحدهما السكين على قفاه والآخر على حلقه حتى التقتا في الوسط ومات منهما يجب القصاص وفي اليد لا يجب، ولأن القتل بطريق الاجماع غالب مخالفة الغوث لا في القطع لأنه يحتاج إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث بسببها كالنداء ونقول ثبت وجوب القصاص في النفس والاجتماع على خلاف القياس والطرف ليس مثلها فلا يحلق بها. وقوله «رجلان» مثال وليس بقيد قال في التجريد: إذا قطع رجلان يدي رجل فلا قصاص عليهما وعليهما الدية، وكذا ما زاد على هذا العدد في هذا الحكم سواء. وقال محمد رحمه الله في الزيادات: رجل قطع المفصل الأعلى من أصبع رجل وبرأ منه ثم عاد وقطع الثاني أيضاً ثم اختصما إلى القاضي فالقاضي يقضي على القاطع بالقصاص في المفصل الثاني. هذا الذي ذكرنا إذا قطع المفصل الأعلى وبرئ ثم عاد وقطع المفصل الثاني فإنه يقطع أصبع القاطع من المفصل الأسفل ويجعل كأنه قطع المفصلين بدفعة واحدة، فمن مشايخنا من قال ما ذكر ههنا قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله للمقطوع مفصلاه أن يقطع المفصل الأعلى ثم الأسفل، ومنهم من قال هذا قول الكل، ولو قطع المفصل الأعلى واقتص من القاطع ثم عاد وقطع المفصل الثاني وبرئ يجب لوجود المساواة، فرق بين هذا وبين رجلين مقطوعي الأصابع قطع أحدهما كف صاحبه لا يقطع كف القاطع. أقول: فيه نظر لأن المساواة ممكنة فينبغي أن يقطع لإمكانها فتدبره، وكذا إذا كان مقطوع الكف قطع أحدهما زند صاحبه لا يقطع زند القاطع. ولو قطع من أصبع رجل نصف مفصل وكسر وبرئ ثم قطع ما بقي من المفصل وبرئ فلا قصاص عليه في شيء من ذلك، أما في النصف الأول فلحلول الجناية في العظم، وأما في النصف الثاني فلعدم المساواة لأن أصبع القاطع حال ما قطع الثاني من المفصل صحيحة والأصبع المقطوعة من نصف المفصل ناقصة ولو لم يحل بينهما برئ يجب القصاص في المفصل وجعل كأنه قطع المفصل بدفعه واحدة، وكذلك لو قطع الأصابع من رجل وعاد وقطع الكف إن لم يحل بينهما برء يجب القصاص في يد كأنه قطع الكل دفعة واحدة وإن حال بينهما برء يجب القصاص في الأصابع وحكومة عدل في الكف، وكذا إذا قطع حشفة إنسان خطأ ثم عاد وقطع باقي الذكر إن كان قبل تخلل البرء تجب دية واحدة، وإن كان تخلل بينهما برء يجب كمال الدية في الحشفة وحكومة عدل في الباقي. ولو قطع المفصل الأعلى من أصبع

....

رجل فقبل البرء قطع النصف من المفصل الثاني ثم برئ القصاص وجعل كأنه من الابتداء قطع النصف من المفصل الثاني وهناك لا يجب القصاص بل يجب الأرش فهذا ذلك، ولو برأ من القطع الأول ثم قطع النصف من المفصل الثاني يجب القصاص في المفصل الأعلى لوجود الشرط ويجب نصف الأرش في الثاني. وفي الظهيرية: ولو قطع آخر كفه ثم قطع آخر مرفقه فمات، فإن كان عمداً فقصاص النفس على الثاني ودية القاطع على الأول وهذا قول علمائنا الثلاثة.

وقال زفر: إن كان عمداً وإن كان خطأ ولم يتخلل البرء فدية النفس عليهما. وإن قطع أصبع رجل عمداً ثم قطع آخر كفه خطأ فمات يقتص من قاطع الأصبع وعلى عاقلة الآخر دية النفس. وقال زفر: لا يقتص ولكل واحد منهما نصف الدية، وإذا ضرب رجل على يد رجل فشلت اليد فعليه دية كاملة. وفي النوازل: وسئل شداد عن رجل قطع رأس أصبع رجل من مفصله قال: يقتص منه فإن اقتص منه ثم قطع أحدهما يد صاحبه فقال ليس بينهما قصاص. وفي العيون: رجل قطع أصبع رجل خطأ فجاء آخر وقطع كفه عمداً فمات منها جميعاً في قول الإمام لا يجب القصاص وعلى كل واحد منهما نصف الدية وبه قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى: وقال أبو يوسف رحمه الله: يقطع من الكف وعلى عاقلة الذي قطع الأصبع دية الأصبع. وفي شرح الطحاوي ومن قطع يد مرتد فأسلم فمات فلا شيء على القاطع. ولو قطع يده وهو مسلم فارتد فمات فعليه دية اليد لا غير، ولو رجع إلى الإسلام ثم مات فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف عليه دية النفس، وفي قول محمد عليه دية اليد. وكذلك لو لحق بدار الحرب ولم يقض القاضي بلحوقه ثم عاد مسلماً فمات تجب دية اليد لا غير. وفي شرح الطحاوي: ومن قطع من رجل يداً أو رجلاً أو أصبعاً أو نملة من أصبع أو ما سوى ذلك مفصلاً من المفصل عمداً فعليه القصاص بعد البرء من الجناية ولا قصاص عليه قبل ذلك، وإذا قطع رجل يد آخر عمداً فإن كان القاطع والمقطوع حرين مسلمين أو كتابيين أو أحدهما مسلم والآخر كتابي يجري القصاص بينهما أو كانا امرأتين حرتين مسلمتين أو أحدهما مسلمة والأخرى كتابية أو كانتا ذميتين يجب القصاص. ولو كانا عبدين أو أحدهما عبد والآخر حر أو أحدهما ذكر والآخر أنثى فلا قصاص بينهما والأرض في ماله حالاً. وهذا كله بيان حكم العمد رجعنا إلى بيان حكم الخطأ فنقول وبالله التوفيق: اليدين إذا قطعتا خطأ الدية لفوات جنس المنفعة على الكمال وفي أحدهما نصف الدية ولا تفضل اليمن على الشمال وإن كانت اليمين أكثر بطشاً من الشمال لأن العبرة في الجنايات لجنس المنفعة لا للزيادة، وفي اليد إذا قطعت من نصف الساعد دية اليد وحكومة عدل فيما وراء الكف وهو قول الحنفي والشافعي؛ روى صاحب الأمالي عن أبي يوسف أنه لا يجب في الساعد شيء وهو قول زفر ومالك وسفيان والثوري، وكذلك على هذا الاختلاف إذا قطع اليد من المرفق أو المنكب فإنه يجب في الكف دية

وضمنا ديتها وأن قطع واحد يميني رجلين فلهما قطع يمينه ونصف الدية وإن حضر

اليد وحكومة العدل فيما وراء الكف. وعن أبي يوسف ومن تابعه في المسألة الأولى أنه يجب دية اليد لا غير والصحيح قول أبي حنيفة. وفي الظهيرية: ولو قطع رجل ثلاثة أصابع من كف رجل خطأ ثم قطع آخر أصبعين ثم شلت الكف من الجراحتين فعلى الأول دية ما قطع. وعلى الثاني دية ما قطع ما بقي من الكف بعد الأصابع فهو نصفان؛ فما يصيب صاحب الأكثر دخل أرش الأقل في الأكثر، وأما النصف الآخر إن كان الآخر قطع أصبعين فعليه خمسا دية الأصل وهو عشر الدية، وفي الأنملة حكومة عدل. والظفر إذا نبت كما كان لا شيء فيه، وإن نبت على عيب فحكومة دون الأولى. وفي الينابيع: إذا قطع اليد من العضد والرجل من الفخد فعندهما فيه الدية وما فوق الكف والقدم ففيه حكومة عدل، وعند أبي يوسف ما فوق الكعب إلى القدم تبع للأصابع. وإذا كسر يد عبد رجل أو رجل لا يجب في الحال شيء. وفي الكافي: ولو قطع اليد وفيها ثلاث أصابع فعليه ثلاثة أخماس دية اليد ولا شيء في الكف بالإجماع وقاطع يد لا كف له فلا قصاص عليه في الساعد. وقال أبو يوسف: إذا كانا سواء اقتص منه وعلى هذا الاختلاف إذا قطع كف رجل وفيها أصبع زائدة وفي يد القاطع أصبع زائدة، ولو قطع أصبعاً زائداً في يده مثلها لا قصاص بالإجماع. وقال أبو حنيفة في الأقطعين والأشلين إنه لا قصاص وهو قول أبي يوسف في رواية الحسن عنه، وذلك مقطوع الإبهام والأصبع كلها إذا قطع يد أشل فلا قصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي الخانية: ولو قطع أظافر اليدين أو الرجلين روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا قصاص فيه وفيه حكومة عدل، ولو كسر عظماً من ساعد أو ساق أو ترقوة أو غيره ففيه حكومة عدل. قال رحمه الله: **(وضمنا ديتها)** أي ضمن القاطعان دية المقطوع لأن التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما الربع فتجب في مالهما لأن العاقلة لا تتحمل العمد.

قال رحمه الله: **(وأن قطع واحد يميني رجلين فلهما قطع يمينه ونصف الدية)** يعني إذا حضرا معاً سواء كان القطع جملة واحدة أو على التعاقب. وقال الشافعي: إن قطعهما على التعاقب يقطع للأول منهما ويغرم أرش اليد للثاني. ولنا أن المساواة في سبب الاستحقاق يوجب المساواة في الاستحقاق ولا عبرة في التقدم والتأخر كالغريمين في الشركة. وهذا لأن حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق كل واحد منهما وهو القطع. وكونه مشغولاً بحق الأول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني، ولهذا لو كان القاطع لهما عبداً استويا في استحقاق رقبته، ولو كان يمنع بالأول لما شاركه الثاني بخلاف الرهن لأنه استيفاء حكماً فلا يثبت للثاني بعد ما ثبت للأول كالاستيفاء حقيقة، فإذا لم يمنع الأول بثبوت حق الثاني فيها استويا فيها يقطع لهما إذا حضرا معاً لعدم الأولوية ويقضى لهما بنصف الدية يقسمانه نصفين لاستوائهما فيه بخلاف ما إذا كان القصاص في النفس حيث يكتفي فيه

واحد فقطع يده له فللآخر عليه نصف الدية وإن أقر عبد بقتل عمد يقتص منه وإن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر يقتص للأول وللثاني الدية ومن قطع يد رجل

بالقتل لهما ولا يقضى لهما بالدية لما بينا من الفرق فيما تقدم وقد مثاله مزيد بيان فارجع إليه. قال رحمه الله: **(وإن حضر واحد فقطع يده له فللآخر عليه نصف الدية)** لأن للحاضر أن يستوفي حقه ولا يجب عليه التأخير حتى يحضر الآخر ثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال أن لا يطلب أو يعفو مجاناً أو صلحاً فصار كأحد الشفيعين إذا حضر والآخر غائب حيث يقضى له بالشفعة في الكل لما قلنا. ثم إذا حضر الآخر بعد ما قطعت للآخر وطلب يقضى له بالدية لأن يده وفاؤها حق مستحق عليه فيضمنها لسلامتها له. ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فللآخر القود عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد له الأرش لأن القصاص بالقضاء أثبت الشركة بينهما فعاد حق كل واحد منهما إلى البعض، فإذا عفا أحدهما فقد منع الآخر من استيفاء الكل. ولهما أن الإمضاء من القضاء في العقوبات فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء، ولو قطع أحدهما يد القاطع من المرفق سقط القصاص لذهاب اليد التي فيها القصاص بالقطع ظلماً ولا ينقلب مالكاً كما إذا قطعها أجنبي أو سقطت بآفة سماوية، ولهما نصف الدية على حالها لأنها واجبة قبل قطعها ولا تسقط بالقطع ظلماً، ثم القاطع الأول بالخيار إن شاء قطع ذراع القاطع، وإن شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل في قطع الذراع إلى المرفق لأن يد القاطع كانت مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الأول من المرفق فكانت كالشلاء، وعلى هذا لو كان المقطوع يده واحداً فقطع القاطع من المرفق سقط حقه في القصاص ووجب عليه القصاص، وللمقطوع من المرفق الخيار إن شاء قطع من المرفق، وإن شاء أخذ الأرش لما ذكرنا وقدمنا له مزيد بيان. قال رحمه الله: **(وإن أقر عبد بقتل عمد يقتص منه)** وقال زفر رحمه الله: لا يصح إقراره لأنه يؤدي إلى إبطال المولى فصار كالإقرار بالقتل خطأ أو بالمال. ولنا أنه غير متهم في مثله لكونه يلحقه الضرر به فيصح، ولأن العبد يبقى على أصل الحرية في حق الدم عملاً بآدميته ألا ترى أن إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يجوز فإذا صح لزمه إبطال حق المولى ضرورة وذلك لا يضر، وكم من شيء يصح ضمناً وإن كان لايصح قصداً بخلاف الإقرار بالمال لأنه إقرار على المولى بإبطال قصداً لأن موجبه بيع العبد أو الاستيفاء، وكذا إقراره بالقتل خطأ لأن موجبه دفع العبد أو الفداء على المولى ولا يجب على العبد شيء ولا يصح سواء كان العبد محجوراً عليه أو مأذوناً له في التجارة لأنه باطل. قال رحمه الله: **(وإن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر يقتص للأول وللثاني الدية)** لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ وهو الخطأ في الفعل فكأنه رمى إلى حربي وأصاب مسلماً والفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره والله تعالى أعلم.

فصل: لما فرغ من ذكر حكم الجناية الواحدة شرع في ذكر الجنايات المتعددة لأن الاثنين

ثم قتله أخذ بالأمرين ولو عمدين أو مختلفين أو خطئين تخلل بينهما برء أو لا إلا في خطئين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة كمن ضرب رجلاً مائة سوط فبرئ من تسعين ومات من عشرة فإن عفا المقطوع عن القطع فمات ضمن القاطع الدية ولو عفا

بعد الواحد. قال رحمه الله: **(ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالأمرين ولو عمدين أو مختلفين أو خطئين تخلل بينهما برء أو لا إلا في خطئين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة كمن ضرب رجلاً مائة سوط فبرئ من تسعين ومات من عشرة)** يعني إذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب القطع وموجب القتل إن كانا عمدين أو أحدهما عمد والآخر خطأ أو كانا خطئين وتخلل بينهما برء وفي خطئين لم يتخلل بينهما برء فتجب عليه دية واحدة، فحاصله أن الكل لا يتداخل إلا في خطئين فإنهما يتداخلان فيجب فيهما دية واحدة، إذا لم يتخلل بينهما برء، وإن تخلل بينهما برء لا يتداخلان. أما الأول وهو ما إذا كانا عمدين فالمذكور قول أبي حنيفة، وعندهما يتداخلان فيقتل حداً ولا يقطع يده لأن الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء بينهما فصار كالخطاين، وهذا لأن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن لأن القتل يقع بضربات غالباً واعتبار كل ضربة على حدتها يؤدي إلى الحرج فيجمع تيسيراً إلا أن لا يمكن بأن يختلف حكم الفعلين كالعمد والخطأ أو يتخلل البرء بينهما لأن البرء قاطع للسراية فلا يمكن أن يجعل الثاني تتميماً للأول فيعتبر على حاله وأمكن ذلك قبل البرء فصار كسراية الأول. وله أن الجمع متعذر لأن حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء حتى لو صدر من شخصين وجب على كل واحد منهما القصاص فكذا إذا كان من شخص واحد فتقطع أولاً يده ثم يقتلوه إن شاؤوا وإن شاؤوا قتلوه من غير قطع لأن القصاص يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة وحكماً، ولأن المماثلة صورة ومعنى يكون باستيفائهما وبالاكتفاء بالقتل لم توجد المماثلة إلا معنى فلا يصار إليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيخير الولي بخلاف ما إذا مات من السراية لأن الفعل واحد، وبخلاف ما إذا كان خطأين لأن الموجب فيه الدية وهو بدل المحل والمقتول واحد ألا ترى أن عشرة لو قتلوا واحداً خطأ يجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل وإن تعدد الفعل، ولو قتلوه به جميعاً لأن القصاص جزاء الفعل وهو متعدد وإن اتحد، ولأن أرش اليد لو وجب كان يجب عليه عند الجزاء لأنه وقت استحكام أثر الفعل ولا سبيل إليه لأنه حينئذ تجب دية النفس بالجزاء فيجتمع وجوب بدل الجزاء والكل في حالة واحدة وهو محال، ولو وجب ذلك لوجب بقتل النفس الواحد ديات كثيرة للأطراف لأنها تتلف بتلف النفس، أما القتل والقطع فقصاصان فأمكن اجتماعهما، وبخلاف ما إذا قطع وسرى حيث يكتفي بالقطع لاتحاد الفعل. وأما الثاني وهو ما إذا كانا مختلفين بأن كان أحدهما خطأ والآخر عمداً. والثالث وهو ما إذا كانا خطأين وتحلل بينما برء فلأن الجمع

....

غير ممكن فيهما لاختلاف حكم الفعلين في الأول ولتخلل البرء في الثاني وهو قاطع للسراية فيعطي لكل فعل حكم نفسه. وقوله «لا في خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة وهذا إخراج من قوله آخذ بالأمرين أي موجبي فعله إلا في هذه الصورة فإنهما يتداخلان لا يؤخذ إلا بالقتل فيجب فيه دية النفس لا غير وقد بينا وجهه في أثناء البحث. وقوله «كمن ضرب رجلاً مائة سوط فبرئ ومن تسعين ومات من عشرة» يعني تجب فيه دية واحدة كما إذا كان القطع والقتل خطأين ولم يتخلل بينهما برء وإنما كان كذلك لأن الضربات التي برأ منها ولم يبق لها أثر سقط أرشها لزوال الشين، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعن أبي يوسف وفيها حكومة عدل. وعن محمد أنه يجب فيها أجرة الطبيب وثمن الأدوية وستأتي المسألة بأدلتها في فصل الشجاج إن شاء الله تعالى. ولو بقي لها أثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس بالإجماع لأن الأرش يجب باعتبار الشين في النفس وهو ببقاء الأثر، ولو قطع أصبعه أو يده ثم قطع الآخر ما بقي من اليد فمات كان القصاص على الثاني في النفس دون الأول ويقطع أصابع الأول أو يده. وقال زفر والشافعي: يقتلان. لهما أن زوال الحياة مضاف إلى القطعين لأنه اتصل الموت بهما قبل البرء وزال أثرهما وليس أحدهما بإضافة الإزهاق إليه أولى من الآخر فأضيف إليهما كما لو قطع كل واحد منهما يداً على حدة قبل البرء. ولنا أن زوال الحياة ألم الثاني غير قطع الأول فصار زوال الحياة مضافاً إلى القطع الثاني فصار الثاني قتلا دون الأول بخلاف ما لو قطع كل واحد يداً على حدة أو أصبعاً على حدة لأن محل قطع الأول قائم وقت الموت فيتصور منه حدوث زيادة الألم فحصل بألم حدث القطعين فصار الموت مضافاً إليهما، وإذا قطع المفصل الأعلى من أصبع رجل فبرئ ولم يقتص حتى قطع مفصلاً آخر من تلك الأصبع يقطع له المفصل الأعلى دون الأسفل وعليه أرش من الأسفل لأن القصاص مبناه على المساواة وحال قطع الثاني لا يمكن المساواة لسلامة أصبع القاطع وفوات مفصل المقطوع، ولأن أصبع القاطع وإن كانت مستحقة بالقصاص ولكن ملك القصاص ملك ضرورة لا يثبت إلا عند الاستيفاء فقتله يكون مقصوداً به مملوكية صاحبه، ولهذا لو قلنا لو قطعت يد من عليه القصاص إن كان عمداً يجب القصاص، وإن كان خطأ يجب الأرش له لا لمن له القصاص لأنه لم توجد المساواة حال قطع الثاني، وكذلك لو أبرأ الثاني ثم قطع المفصل الثالث ولو لم يكن القطعين برئ ووجب له القصاص في كل الأصابع. بقطعها من أصلها مرة واحدة لأنه لم يتخلل بين القطعين برء وجعلنا كلا الفعلين جناية واحدة كأنه قطع ابتداء من المفصل الثاني بفعل واحد.

وفي المبسوط: أصله أن تعذر استيفاء القصاص لتعذر القتل أنه متى جاء من قبل القاتل فصار إلى المال اعتباراً بالخطأ فإن هناك امتنع استيفاء القصاص بمعنى من جهة القاتل

عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية لا فالخطأ من الثلث والعمد من كل المال وإن

وهو الخطأ، فإذا تعذر صيانة الاستيفاء القصاص من قبل من له الحق لا يصار إلى المال لأن الشرع غير حقه في القصاص لكن هو الذي فوته وفرط بإتيان ما أعجزه فأهدره فلم يبق مستحقاً للنظر، وإذا أقر القاتل بالخطأ وادعى الولي العمد لم يقتص ولزمه الدية استحساناً. وقال زفر: لا يلزمه شيء قياساً لأن ما أقربه لم يثبت لأنه كذبه المدعي في إقراره بمقتضي دعواه القصاص وصار كما لو أقر القاتل بالعمد وادعى الولي الخطأ لا يلزمه شيء فكذا هذا. ولنا أنهما تصادقا على القتل إلا أنه تعذر استيفاء القصاص بمعنى من قبل القاتل وهو دعوى الخطأ فتجب الدية صوناً لدمه عن الهدر. ولأن في زعم الولي أن القصاص هو الواجب إلا إنه لما أقر بالخطأ فقد أقر بالمال وللولي ترك القصاص وأخذ المال ولم يكن به صريحاً فيكون له أخذ المال. ولو أقر بالعمد وادعى الولي الخطأ بطل حقه لا تعذر استيفاء القصاص جاء من قبل من له الحق الزيادات، ولو ادعى الولي العمد على رجلين فقال أحدهما أنا قطعت يده عمداً وهذا الآخر قطع رجله عمداً وأنكر الآخر الجناية قال: يقتص من المقر لأنهما تصادقا على وجوب القود ولو لم تتمكن الشبهة فيه حين أنكر الآخر الجناية لأنه يمكن الشبهة إنما يكون باختلاط الموجب وغير الموجب في المحل وذلك لا يتصور قبل وجوب الجناية من الآخر. وإذا ادعى الولي الخطأ فلا شيء على المقر لأنه لما أنكر الآخر الجناية صار كالعدم فبطل دعواه الخطأ، وإقرار القاتل بالعمد في هذا لا يجب شيء. وإن مات رجل من قطع يده ورجله فقال رجل قطعت يده عمداً وقال قطع عمرو رجله عمداً فقال الولي بل أنت قطعتهما يجب القصاص عليه لأنهما تصادقا عل وجوب القصاص والشركة لم تثبت لعدم دعواه، فإن قال الولي لا أدري من قطع رجله فلا شيء على قاطع اليد لأن قاطع الرجل مجهول يجز أن يكون خاطئاً أو صبياً أو مجنوناً فتعذر إيجاب القصاص، وتعذر استيفاء القصاص جاء من قبل من له الحق، فإن جهل قاطع الرجل جهل قاطع اليد فلا يجب المال. ولو قال الولي بعد ذلك فلان قطع رجله عمداً وأنكر فلان ليس له أن يقتل المقر قياساً وله أن يقتله استحساناً لأن الولد لا يعرف قاتل أبيه عند كثرتهم فيعتذر في التناقض. وعبر المؤلف بـ«من» التي لفظها مفرد ومعناه جمع لأنه لا فرق في الحكم بين ما إذا كان الفاعل مفرداً أو متعدداً.

قال رحمه الله: **(فإن عفا المقطوع عن القطع فمات ضمن القاطع الدية ولو عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية لا فالخطأ من الثلث والعمد من كل المال)** يعني لو قطع يد رجل عمداً أو أخطأ فقال المقطوع عفوت عن القطع فمات ضمن القاطع في العمد الدية بخلاف ما لو قال عفوت عن الجناية كما سيأتي. وأطلق المؤلف في قوله والخطأ من ثلث المال ولم يفرق بين ما إذا كان العافي يخرج ويجيء أو كان لا يخرج سيأتي بيانه. وقوله

....

بإطلاقه قول الإمام. وفي الجامع الصغير: رجل قطع يد رجل ظلماً عمداً فعفا المقطوع يده عن القطع ثم سرى إلى النفس ومات أو شج إنسان موضحة عمداً فعفا المشجوج رأسه عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات يجب أن يعلم بأن هنا مسألتين: أحدهما في العمد والأخرى في الخطأ. وكل مسألة على وجوه: إما أن يقول المقطوعة يده عفوتك عن الجناية أو يقول عفوتك عن القطع وما يحدث منه، فإن كانت الجناية عمداً فقال المقطوعة يده أو قال المشجوجة رأسه عفوتك عن الجناية صح العفو وبرئ من القطع أو الشجة أو بمات حتى لا يجب شيء في الحالين ثم تصح البراءة عن جميع المال، سواء برأ أو مات. وإن قال عفوتك عن القطع ولم يقل وما يحدث من القطع أو قال عفوتك عن الشجة ولم يقل وما يحدث منها صح العفو عندهم جميعاً، فلو مات تجب الدية. قال أبو حنيفة: مع أن العفو باطل والقصاص أن يجب على المعفو عنه القصاص إلا أني أستحسن وجوب الدية في ماله. وقال أبو يوسف ومحمد: بأن العفو عنه جائز ولا شيء على المعفو عنه لا القصاص ولا الدية. وهذا الذي ذكرنا إذا كانت الجناية عمداً، فإذا كانت خطأ إن عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه صح العفو سواء برئ أو مات إلا أنه إن عفا في حال يخرج ويجيء ويذهب بعد الجناية وأنه على قول بعض المشايخ يعتبر من جميع ماله. وذكر في المنتقى في هذه الصورة أنه يعتبر من ثلث المال وإن عفا عن القطع إن اقتصر عن القطع إن برأ صح العفو بلا خلاف من جميع المال وإن صار قاتلاً فعلى قول أبي حنيفة العفو باطل وكان على عاقلة القاتل الدية، وعندهما العفو جائز كما لو عفا عن القطع وعما يحدث منه إلا إنه إن عفا في حالة حكم الصحة بأن كان يذهب ويجيء يصح من جميع المال، وعلى قياس رواية المنتقى من ثلث المال، وإن عفا في حال حكم المرض بأن صار صاحب فراش يعتبر من ثلث المال. ولو قال عفوت عن الجناية أو عن القاطع وما يحدث منه كان عفواً عند دية النفس بالإجماع حتى إذا مات سقط كل الدية فيه غير أنه يعتير من الثلث في الخطأ لأن موجبه المال وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر أمواله بخلاف ما إذا كان عمداً حيث يصح من جميع المال لأن موجبه القصاص ولم يتعلق بحق الورثة لأنه ليس بمال. قال في العناية: فيه بحث وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال: والجواب عنه أن المصنف نفي تعلق حق الورثة به لا كونه موروثاً ولا تنافي بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل. والقياس في المال أيضاً أن لا يثبت فيه تعلق حق الورثة إلا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعاً بقوله عليه الصلاة والسلام «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتعلق به التصرف فيه والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث ا هـ. أقول: في تقرير البحث المذكور

قطعت امرأة يد رجل عمداً أو تزوجها على اليد ثم مات فلها مهر مثلها والدية في مثلها وعلى عاقلتها لو خطأ وإن تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية فمات منه فلها

خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك؛ أما الأول فلأنه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص ثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة منه كالدين والدية، فقوله أن القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق وثبت بطلانه هناك أيضاً فتذكر. وأما الثاني فلأنه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عند إمامنا الأعظم بل سبق الكلام على وجه يشعر بكونه موروثاً بالاتفاق ألا ترى إلى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكونه موروثاً. وفي المحيط: ويكون هذا وصية للعاقلة، سواء كان القاتل واحداً منهم أو لم يكن لأن الوصية للقاتل إذا لم تصح للعاقلة كمن أوصى لحي وميت فالوصية كلها للحي ا هـ. وظهر هنا من قول صاحب المحيط وصية للعاقلة فساد ما اعترض به من الوصية للقاتل لا تصح ومن أن القاتل كواحد من العاقلة فكيف جازت الوصية له بجميع الثلث فتأمل. ويظهر من أن القول بأنه وصية أنه لو لم يكن له مال في العمد تسعى العاقلة في ثلثي الدية وفي الخطأ إن خرجت الدية من الثلث فلا سعاية، ولو لم تخرج من الثلث يسقط بقدر ما يخرج وتسعى العاقلة في البقية كما سيأتي في نظائره في كتاب الوصايا وهذا من خصائص هذا الكتاب.

قال رحمه الله: **(وإن قطعت امرأة يد رجل عمداً أو تزوجها على اليد ثم مات فلها مهر مثلها والدية في مثلها وعلى عاقلتها لو خطأ)** يعني لو تزوج امرأة على قطعها يده عمداً فمات الزوج منه فلما مهر مثلها والدية في مالها وعلى عاقلتها لو خطأ وهذا قول الإمام. ولم يفصل المؤلف بين ما إذا مات قبل الدخول أو بعده لكن في قوله مهر المثل يشير إلى أنه بعد الدخول. وفي الكافي: إما أن يكون القطع عمداً أو خطأ وكل مسألة على ثلاثة أوجه: إما أن تزوجها على القطع أو على القطع وما يحدث منه أو على الجناية وقد برئ من ذلك أو مات، فإن كان القطع عمداً وبرئ من ذلك صحت التسمية وصار أرش اليد مهراً لها عندهم جميعاً. قال الشارح: فإذا كان القطع عمداً فهذا تزوج على القصاص في الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير وعلى تقدير السقوط أولاً، فإذا لم يصلح مالاً لا يصلح مهراً فيجب لها مهر المثل إذا مات ولا يجب القصاص لا يقال لا يجري القصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف فكيف يكون تزويجاً عليه لأنا نقول: الموجب الأصلي في العمد القصاص وإنما سقط للتعذر ثم تجب عليه الدية فإذا سرى تبين أنه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم العفو عن النفس وذلك في مالها لأن العاقلة لا تتحمل العمد. ا هـ. قال في النهاية فإن قلت: لم لم يجب القصاص ههنا على المرأة على أن القطع كان عمداً وهي قتل من الابتداء

....

فإذا مات ظهر أن الموجب الأصلي هو القصاص ولما لم يصلح القصاص مهراً صار كأنه تزوج ولم يذكر شيئاً وفيه القصاص فكذا ههنا. قلت: نعم كذلك إلا أنه لما جعل القصاص مهراً جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة، ولو استوفت القصاص تستوفيه من نفسها وهو محال ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما إذا لم يسم ابتداء ا هـ. ولو تزوجها على موجب القطع جاز فإن طلقها بعد الدخول بها أو مات عليها سلم لها جميع الأرش، وإن طلقها قبل الدخول بها سلم لها من ذلك ألفان وخمسمائة ورد على الزوج ألفان وخمسمائة لأنه تزوجها في الحاصل على خمسة آلاف، فإن طلقها قبل الدخول بها يسلم لها نصف ذلك ويلزمها أن ترد النصف على الزوج. هذا إذا أبرئ من القطع، وإن مات من ذلك فالتسمية باطلة عندهم جميعاً ولها مهر مثلها. وقيد بقوله «مهر مثلها» المفيد أنه بعد الدخول لا قبل الدخول فلها المتعة، ثم القياس أن لا تجب عليها الدية في قول أبي حنيفة، وفي الاستحسان تجب الدية في مالها، وعلى قولهما صح العفو ولم يكن عليها لا قصاص ولا دية لو مات. هذا إذا تزوجها على القطع قيد بذكر اليد فقط لأنه إذا تزوجها على القطع وما يحدث منه إن برئ من ذلك صار أرش يده مهراً لها عندهم جميعاً ويسلم لها ذلك، وإن كان أكثر من مهرها مثلها، وإن مات من ذلك بطلت التسمية وكان لها مهر مثلها وسقط القصاص مجاناً بغير شيء ولا ميراث لها من زوجها لأنها قاتلته وعليها عدة المتوفى عنها زوجها. وقيد بقوله «عمداً» لأنها إذا كانت الجناية خطأ وقد تزوجها على القطع إن برئ من ذلك صار أرش يده مهراً لها، فإن دخل بها أو مات عنها سلم لها جميع ذلك وسقط عن العاقلة، وإن طلقها قبل الدخول بها سلم لها نصف ذلك وذلك ألفان وخمسمائة وتؤدي العاقلة ألفين وخمسمائة إلى زوجها، فأما إذا مات من ذلك بطلت التسمية في قول أبي حنيفة وكان لها مهر مثلها وعلى عاقلتها دية الزوج، وعندهما تصح التسمية وتصير دية الزوج مهراً لها، فأما إذا تزوجها على القطع وما يحدث أو على الجناية إن برئ من ذلك صار أرش يده مهراً لها وإن مات ثم ينظر إلى مهر مثلها وإلى الدية، فإن كان مهر المثل مثل الدية لا شك أن الكل يسلم لها سواء تزوجها بعد القطع في حال ما يجيء ويذهب أو بعد ما صار صاحب فراش. وإن كان مهر مثلها أقل من الدية، فإن كان تزوجها في حال يجيء ويذهب فالكل يسلم لها، وإن كانت الزيادة إلى تمام الدية تخرج من ثلث مال الزوج وتعتبر الزيادة على مهر مثلها وصية للعاقلة، وإن كانت لا تخرج الزيادة على مهرها مثلها من ثلث ماله فيقدر ما يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة ويعتبر ذلك وصية لهم. هذا إذا لم يطلقها الزوج قبل موته حتى مات، فإن طلقها قبل موتها قبل الدخول بها سلم لها من ذلك خمسة آلاف مهر مثلها وصية للعاقلة ويسقط عن العاقلة، وإن كان مهر مثلها أقل من خمسة آلاف إن كانت الزيادة على غير مهر مثلها إلى تمام خمسة آلاف يخرج من ثلث ماله

....

فكذا يسقط عن العاقلة خمسة ألاف، وإن كان لا يخرج فبقدر ما يخرج من الثلث مقدار مهر مثلها يسقط عن العاقلة ويردون الباقي إلى ورثة الزوج، وكذلك إن تزوجها على الجناية فالجواب فيه من أوله إلى آخره كالجواب فيما إذا تزوجها على القطع، وما يحدث به اسمعيل بن عمار عن أبي يوسف في رجل قتل عمداً وله وليان فصالح واحد وليي القاتل عن جميع الدين على خمسين ألفاً فللذي صالح خمسة وعشرون ألفاً والآخر الباقي، وهذا إذا تزوجها المقطوع يده، فلو تزوجها وليه قال امرأة قتلت رجلاً خطأ فتزوجت ولي المقتول على الدية التي وجبت على العاقلة فذلك جائز والعاقلة برأت، فإن طلقها قبل الدخول بها رجع على العاقلة بنصف الدية. رجل شج رجلاً موضحة عمداً أو صالحه المشجوج عن الموضحة وما يحدث منها على مال مسمى قبضه ثم شجه رجل آخر موضحة عمداً ومات من الموضحتين فعلى الآخر القصاص ولا شيء على الأول، وكذلك لو كان الصلح مع الأول بعد ما شجه الآخر قال أبو الفضل: فقد استحسن في موضع آخر من هذا الكتاب أن له القصاص على الآخر إذا كان شجه بعد صلح الأول. رجل شج رجلاً موضحة عمداً وصالحه عنها وما يحدث عنها على عشرة آلاف درهم وقبضها ثم شجه آخر خطأ ومات منها فعلى الثاني خمسة آلاف درهم على عاقلته ويرجع الأول في ماله المقتول بخمسة آلاف درهم، وإن كانت الشجتان عمداً جاز إعطاء الأول وقتل الآخر؛ الأسبيجابي جامع الفتاوى.

وعن أبي يوسف في جامع: إذا صالح الشاج من موضحة الخطأ على خمسمائة درهم ثم مات منها يحط عن العاقلة الثلث وبطل الصلح ويرجع الشاج بما دفع. وفي الكبرى: وهذا الجواب على قولهما خاصة، أما على قول أبي حنيفة فالصلح والعفو عن الشجة لا يتناول ما يحدث منها، فإذا مات المشجوج ها هنا صار وجود الصلح كعدمه عنده، ولو انعدم الصلح عنده فالدية على عاقلة الشاج كذا هنا. وفي الظهيرية: وإن وقع الصلح على خمسة عشر ألفاً بعد قضاء القاضي بعشرة آلاف فهذا الصلح باطل لما فيه من الزيادة على الدية، وإن كان المقضي به مائة من الإبل فاصطلحا على مائة وخمسين إن وقع الصلح نسيئة لا شك أنه لا يجوز، وإن كان يداً بيد إن كان الإبل بأعيانها ثم اصطلحوا على مائة وخمسين من الإبل بأعيانها كان ذلك جائزاً هذا إذا وقع الصلح على أكثر من النوع الذي وقع به القضاء، أما إذا وقع الصلح على أقل مما وقع به القضاء فإنه يجوز حالاً ونسيئة، وإذا اصطلحا على خلاف جنس ما وقع به القضاء وقد صالحه على أكثر مما قضى به فإنه يجوز. هذا الذي ذكرنا إذا اصطلحا بعد القضاء أو الرضا، أما إذا اصطلحا قبل القضاء إن كان المصالح عليه أكثر من الدية فإنه لا يجوز. ابن سماعة عن محمد في رجل جرحه رجلان جراحة عمداً فقضى بالقصاص على أحدهما ثم مات من الجراحتين قال: لورثته أن يقتلوا الآخر، ولو جرحه رجل

مهر المثل ولا شيء عليها ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية ولو

جراحة عمداً وعفا عنه ثم جرحه آخر عمداً فلم يعف حتى مات منهما فلا قود على الثاني. وسئل أبو سلمة عن جماعة كانوا يرمون على كل كلب عقور فأخطأ واحد منهم فأصاب صغيرة فماتت وعرف أن هذا سهم فلان ولكن لم يشهد أحد أنه رماه فلان فصالح صاحب السهم على كرم ثم طلب المصالح رد الصلح قال: إن كان يعلم أن المصالح هو الذي جرحها وأن الصبية ماتت من تلك الجراحة فالصلح ماض، فإن علم أن الجارح صاحب السهم ولكن استغاثت الصغيرة بأبيها فلطمها أبوها فسقطت وماتت ولم يدر أنها ماتت من اللطمة أو من الرمي قال: فإن كان الصلح من الأب بإذن سائر الورثة فالصلح جائز والبدل لسائر الورثة ولا ميراث للأب، وإن كان الميراث بغير إذنهم فالصلح باطل. وفي نوادر هشام قال: سألت محمداً عند قلع سن صبي أو حلق رأس امرأة فصالح الجاني أبا الصبي والمرأة على دراهم ونبت الشعر أو السن فأخبر أن أبا حنيفة يرد الدراهم قال: وكذلك أقول، وكذلك قول محمد قال: وكذلك إن كان هذا كسر يده فصالحه عنها ثم جبرت وصحت؟ قال: نم. قلت: فإن زعم صاحب اليد أن يده قد ضعفت وليست كما كانت قال: أمر من ينظر إليها فإنه لا يكاد يخفى. قال رحمه الله: **(وإن تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية فمات منه فلها مهر المثل)** كما لو تزوجها على خمر أو خنزير وقد تقدم. قال رحمه الله: **(ولا شيء عليها)** لأنه رضي بسقوط القصاص على أنه يصير مهراً وهو لا يصير مهراً فسقط أصلاً فصار كما إذا سقط القصار بشرط أن لا يصير مالاً فإنه يسقط مجاناً وقد تقدم. قال رحمه الله: **(ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية)** لأن التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها وموجبها هنا الدية وهي تصلح مهراً فصحت التسمية إلا أنه يقدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال لأنه ليس فيه محاباة والمريض لا يحجر عليه من التزوج لأنه من الحوائج الأصلية فينفذ قدر مهر مثلها من جميع المال، وما زاد على ذلك من الثلث لأنه تبرع والدية على عاقلتها وقد صارت مهراً فيسقط كلها عنهم إن كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر، ولا يرجع عليهم بشيء لأنهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها، فإذا صار ذلك ملكاً لها يسقط عنهم أصلاً فلا يغرمون لها، وإن كان مهر مثلها أقل من الدية سقط عنهم أيضاً لأنه وصيته لهم فيصح لأنهم أجانب، وإن كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وأدوا الزيادة إلى الولي لأن الوصية لا نفاذ لها إلا من الثلث. ثم قيل لا يسقط قدر نصيب القاتل لأن الوصية للقاتل لا تصح، والأصح أنه يسقط كله لأنه أوصى لمن تجوز له الوصية فهو كمن أوصى لحي وميت فإن الوصية كلها تكون للحي، ولأنه لو لم يسقط نصيبه لكان ذلك القدر هو الواجب بالقتل فتتحمله العاقلة عنه فينقسم أيضاً فيلزم مثل ذلك عن نصيبه منه أيضاً ثم هكذا وهكذا إلى أن لا يبقى منه شيء، فلو أبطلنا الوصية في صحته ابتداء لزمنا

قطع يده فاقتص له فمات الأول قتل به وإن قطع يد القاتل وعفا ضمن القاتل دية اليد.

تصحيحها انتهاء فصححناها ابتداء قصر للمسافة. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد أيضاً لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فصار الجواب في الفصلين واحداً. وأقول: في عبارة المصنف احتمال آخر وهو أنه يجوز أن يكون معناها وللعاقلة ثلث ما ترك الميت وصية فيشمل الدية وغيرها، ولو قال المؤلف ولو خطأ دفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية فإن خرج من الثلث سقط وإلا فثلث المال لكان أولى، وقول المؤلف رفع إلى آخره فأفاد أن مهر المثل أقل من الدية كما بيناه.

قال رحمه الله: **(ولو قطع يده فاقتص له فمات الأول قتل به)** يعني رجل قطع يد رجل فاقتص له فمات المقطوع الأول قتل المقطوع الثاني به وهو القاطع الأول قصاصاً لأنه تبين أن الجناية كانت قتلاً عمداً من الأول واستيفاء الحق الأول لا يوجب سقوط حقه في القتل لأن من له القصاص في النفس إذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله لا يجب عليه شيء إلا أنه مسيء ألا ترى أنه لو أحرقه بالنار لا يجب عليه شيء غير الإساءة، فإذا بقي له فيه القصاص فلوارثه أن يقوم مقامه. وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص لأن إقدامه على القطع دليل على أنه أبرأه عن غيره قلنا: إنما قدم عليه على ظن أنه حقه فيه لا حق له في غيره وبعد السراية تبين أن حقه في القول فلم يكن مبرئاً عنه بدون علمه. قيد بقوله الأول لأنه لو مات المقتص منه وهو المقطوع قصاصاً من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لا شيء عليه لأنه استوفى حقه وهو القطع فيسقط حكم سرايته إذ الامتناع عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كيلا ينسد باب القصاص فصار كالإمام، وإذا قطع يد السارق فسرى إلى النفس ومات كالنزاع والفصاد والحجام والختان وكما لو قال لغيره اقطع يدي فقطعها ومات، وهذا لأن السراية تبع لابتداء الجناية فلا يتصور أن يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته مضمونة. ولأبي حنيفة أن حقه في القطع والموجود قتل حتى لو قطع ظلماً كان قتلاً فلم يكن مستوفياً حقه فيضمن، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكروا من المسائل لأن إقامة الحد واجب على الإمام. قال رحمه الله: **(وإن قطع يد القاتل وعفا ضمن القاتل دية اليد)** وهذا عند الإمام. قال في الكافي: ولا فرق بين ما إذا قضى له بالقصاص أو لا. وعندهما لا شيء عليه يعني لو قتل إنسان آخر عمداً فقطع ولي المقتول يد القاتل وعفا ضمن الدية. أطلق فشمل ما إذا كان قتل فقط أو قتل وقطع وما إذا مات من القطع أو برأ وليس كذلك. فلو قال المؤلف في قتل فقط لكان أولى لأنه علم ما تقدم لو قطع وقتل له فعلهما، ولو قال دية اليد لو برأ لكان أولى لأنه محل الخلاف لهما أنه قطع يداً من نفس لو أتلفها لا يضمن كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم سرى، وهذا لأنه استحق إتلافه بجميع أجزائه إذ الأجزاء تبع

باب الشهادة في القتل

ولا يقيد حاضر بحجته إذا أخوه غاب عن خصومته فإن بعد لا بد من إعادته ليقتلا

للنفس فبطل حقه بالعفو فيما بقي لا فيما استوفاه. ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد، وكذا إذا عفا ثم سرى لا يضمن والقطع الساري أفحش من المقتصر، أو قطع وما عفاه وما سرى ثم جز رقبته قبل البرء وبعد فصار كما لو كان له قصاص في اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فإنه لا يضمن أرش الأصابع والأصابع من الكف كالأطراف من النفس. ولأبي حنيفة أنه استوفى غير حقه فيضمن، وهذا لأن حقه في القتل لا في القطع، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة إذ كان له أن يتلف الطرف تبعاً للنفسه، وإذا سقط القود وجبت الدية. وإنما لم يضمن في الحال لاحتمال أن يصير قتلاً بالسراية فيظهر أنه استوفى حقه وحقه في الطرف ثبت ضرورة ثبوت القتل وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله، فإذا وجد الاستيفاء ظهر حقه في الأطراف تبعاً، وإذا لم يستوف لم يظهر حقه في الطرف لا أصلاً ولا تبعاً فتبين أنه استوفى غير حقه، فأما إذا لم يعف فإنما لم يضمن لمانع وهو قيام الحق في النفس لاستحالته أن يملك قتله وتكون أطرافه مضمونة عليه، فإن زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب. وإذا سرى فهو استيفاء للقتل فتبين أن العفو كان بعد الاستيفاء. ولو قطع وما عفا وبرأ فهو على الخلاف في الصحيح، ولو قطع ثم جز رقبته قبل البرء فهو استيفاء لأن القطع انعقد على وجه يحتمل السراية وكان جز رقبته تتميماً لما انعقد له القطع فلا يضمن حتى لو جز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح على أنا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفاء في التواقع وإنما دخلت في النفس لعدم إمكان التحرز عن إتلافها والأصابع تابع قياماً والكف تابع لها عرضاً لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع بخلاف الطرف فإنه تابع للنفس من كل وجه والله أعلم.

باب الشهادة في القتل

لما كانت الشهادة في القتل أمراً متعلقاً بالقتل أوردها بعد ذكر حكم القتل لأن ما يتعلق بالشيء يكون أدنى درجة من ذلك الشيء. قال رحمه الله: **(ولا يقيد حاضر بحجته إذا أخوه غاب عن خصومته فإن بعد لا بد من إعادته ليقتلا ولو خطأ أو ديناً لا)** يعني إذا قتل رجل وله وليان بالغان عاقلان أحدهما حاضر والآخر غائب فأقام الحاضر بينة على القتل لا يقتل قصاصاً، فإن عاد الغائب فليس لهما أن يقتلا بتلك البينة بل لا بد لهما من إعادة البينة للقتل عند الإمام. وقالا: لا يعيد ولو كان القتل خطأ أو ديناً لا يعيدها بالإجماع، وأجمعوا على أن القاتل يحبس إذا أقام الحاضر البينة لأنه صار متهماً بالقتل والمتهم يحبس، وأجمعوا على أنه لا يقضي بالقصاص ما لم يحضر الغائب لأن المقصود والقصاص والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء

....

بالإجماع بخلاف ما إذا كان خطأ أو ديناً فإنه يتمكن من استيفاء نصيبه في غيبة الآخر فلم تجب إعادتها بعد، والوارث ينتصب خصماً عن نفسه وعن شركائه فيما يدعي للميت وعلى الميت. ولأبي حنيفة أن القصاص غير موروث لأنه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثأر والميت ليس من أهله وإنما يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة بسبب انعقد للميت أي يقومون مقامه فيستحق به ابتداء من غير أن يثبت للميت كالعبد يقبل الهدية يقع الملك فيها للمولى ابتداء بطريق الخلافة عنه. وإنما كان كذلك لأن القصاص ملك الفعل في المحل بعد موت المجروح ولا يتصور الفعل من الميت لهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وإنما صح عفو المجروح لأن السبب انعقد له وفي قوله تعالى ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا﴾ [الإسراء: ٣٣] نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدية والدين لأن الميت أهل لملك المال، ولهذا لو نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته يملكه، وأصل الاختلاف راجع إلى أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده، وحق الميت عندهما، فإذا كان القصاص يثبت حقاً للورثة عنده ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً عن الآخر في إثبات حقهم بغير وكالة منه، وبإقامة الحاضر البينة لا يثبت القصاص في حق الغائب فيعيدها بعد حضوره ليتمكن من الاستيفاء، ولا يلزمه أن القصاص إذا انقلب ما لا يصير حقاً للميت لأنه إذا انقلب مالاً صار صالحاً لقضاء حوائجه فصار مفيداً بخلاف القصاص ولا يصح الاستدلال بصحة عفو المورث لأنه إنما يصح في جواب الاستحسان لوجود سببه على ما بينا وهو الاستدلال معارض بعفو الوارث فإنه يجوز أيضاً قبل موت المورث بعد الجرح استحساناً لوجود السبب، فلولا أن الحق يثبت فيها له ابتداء لما صح عفوه. أقول: فيه بحث لأن ما تمسكا به لا ينهض حجة على أبي حنيفة رحمه الله، وما تمسك به وينهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع؟ وذلك أن القصاص وإن كان حقاً للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث بناء على القصاص لا يثبت إلا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لأنه شرع للتشفي ودرك الثأر والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضاً عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث، وقد صرح به كثير من أصحاب الشروح فأبو حنيفة رحمه الله راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقاً للوارث فقال باشتراط إعادة البينة إذا حضر الغائب احتيالاً للدرء، وقال بصحة العفو منه أيضاً احتيالاً للدرء أيضاً، وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته إلى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فيتجه عليهما المؤاخذة بصحة العفو من الوارث حال حياة الموروث بالإجماع فتدبر.

قال رحمه الله: **(فإن أثبت القاتل عفو الغائب لم يعد)** معناه أن القاتل لو أقام بينة أن الغائب قد عفا عنه كان الحاضر خصماً وسقط القصاص ولا تعاد البينة لو حضر لأنه ادعى حقاً على الحاضر وهو سقوط حقه في القصاص وانقلاب نصيبه مالاً ولا يتمكن من إثباته إلا

ولو خطأ أو ديناً لا فإن أثبت القاتل عفو الغائب لم يعد وكذا لو قتل عبدهما وأحدهما غائب وإن شهد وليان بعفو ثالثهما لغت فإن صدقهما القاتل فالدية لهم اثلاثاً وإن

بإثبات العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في الإثبات عليه بالبينة، فإذا قضى عليه صار الغائب مقتضياً عليه تبعاً له. قال رحمه الله: **(وكذا لو قتل عبدهما وأحدهما غائب)** أي لو كان عبد بين رجلين فقتل عمداً وأحد المولبين غائب فحكمه مثل ما ذكرنا أحد في الوليين حتى يقتل ببينة أقامها الحاضر من غير إعادة بعد عود الغائب، ولو أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لما بينا فحاصله أن هذه المسألة مثل الأولى في جميع ما ذكرنا إلا أنه إذا كان القتل عمداً أو خطأ لا يكون الحاضر خصماً عن الغائب بالإجماع، والفرق لهما في الكل. ولأبي حنيفة في الخطأ. أن أحد الورثة خصم عن الباقين على ما بينا ولا كذلك أحد المولبين على ما عرف في موضعه وقدمنا له مزيد بيان عند ذكر الكبير والصغير فارجع إليه. قال رحمه الله: **(وإن شهد وليان بعفو ثالثهما لغت)** أي إذا كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث أنه عفا فشهادتهما باطلة لأنهما يجران لأنفسهما نفعاً وهو انقلاب القود مالاً وهو عفو منهما وزعمهما معتبر في حق أنفسهما إطلاق في قوله «بعفو ثالثهما» فشمل ما إذا كان في العمد والخطأ. وقيد في المحيط الخطأ حيث قال: فشهادتهما جائزة في الخطأ إذا لم يقبضا نصيبهما ا هـ. وإنما قيد به لأنهما إذا قبضا نصيبهم لم يحتاجا إلى إثبات عفو الغائب لأن العفو حصل منهما وهو قيد حسن لا بد منه، ولو قيد به المؤلف لكان أولى. وذكر في المبسوط في كتاب الصلح: والمأذون في دين بين ثلاثة شهد اثنان على الثالث أنه أبرأ عن نصيبه لا تقبل لأن شهادتهما تجر لأنفسهما نفعاً لأن شهادتهما تقطع شركة المشهود عليه في الباقي من الدين فلا تقبل كما لو شهد أنه أبرأه عن نصيبه بعد ما قبضا نصيبهما. وجه هذه الرواية التي ذكرها المؤلف أنهما بشهادتهما لا يثبتان لأنفسهما حق المشاركة للمشهود عليه لأنهما لم يقبضا شيئاً من الدين ولا حولا نصيبهما مالاً. وإنما منعت ثبوت المشاركة للمشهود عليه متى قبضا نصيبهما والشاهد يملك المنع ولا يملك الإبطال، وإذا شهد شاهدان بالعفو على الخطأ فقضي به ثم رجعا ضمنا ما أتلفاه نصفين لأنهما أبطلا على المشهود عليه ديناً مؤجلاً فيضمنان لذلك. شهد شاهدان على ولي الدم أنه أخر القاتل اليوم إلى الليل على جعل معلوم لم يكن عفواً ولا مال له لأن تأخير الحق لا يقتضي سقوطه فكذا تأجيل القتل لا يقتضي سقوطه والمال باطل لأنه لو وجب عوضاً عن الأجل والاعتياض عن الأجل باطل. ولو شهد على أنه أخذ الجعل على أن يعفو عنه يوماً كان صلحاً لأنه عفا عن القصاص يوماً والعفو لا يقبل التأقيت فصح العفو وبطل التأقيت، وصار كما لو طلق امرأته وأعتق عبده على ألف إلى الليل جاز الصلح وبطل التأقيت فكذا هذا. وقوله «على أن يعفو» ولم يخرج مخرج العدة وإنما يراد به الإخبار كالرجل يقول للمرأة

كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية وأن أشهدا أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش

تزوجتك على ألف درهم فقبلت فهو نكاح فكان المراد منه الإيجاب فكذا هذا. قال رحمه الله: **(فإن صدقهما القاتل فالدية لهم اثلاثاً)** أي صدقهما القاتل دون الولي المشهود عليه لأن تصديقه لهما إقرار لهما بثلثي الدية ويلزمه لأنهم كانوا يزعمون أن نصيب الولي المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه فوجب عليه كل الدية وللمنكر ثلثها. قال رحمه الله: **(وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية)** أي إن كذبهما القاتل أيضاً بعد أن كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو فلا شيء للوليين الشاهدين لأن شهادتهما عليه إقرار ببطلان حقهما عليه في القصاص فصح إقرارهما في حق أنفسهما، وإن ادعيا انقلابهما مالاً فلا يصدقا في دعواهما إلا ببينة، وللولي المشهود عليه ثلث الدية لأن شهادتهما عليه بالعفو وهو ينكر بمنزلة إقرارهما بالعفو فينقلب نصيبهما مالاً. وفي النهاية: وإن كذبهما المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم اثلاثاً فجعل الضمير فاعل كذبهما المشهود عليه لا القاتل. قال الشارح: وإن صدقهما الولي المشهود عليه وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولي المشهود عليه لأنه أقر له بذلك. فإن قيل: كيف له الثلث وهو قد أقر أنه لا يستحق على القاتل شيئاً بدعواه العفو؟ قلنا: ارتد إقراره بتكذيب القاتل إياه فوجب له ثلث الدية عليه. وفي الجامع الصغير: كان هذا الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الأصح لأن المشهود عليه يزعم أنه قد عفا أو لا شيء له وللشاهدين على القاتل ثلث الدية ديناً في ذمته والذي في يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف إليهما لإقراره لهما بذلك كمن قال لفلان علي ألف درهم فقال المقر له ليس ذلك لي وإنما هو لفلان فإنه يصرف إليه فكذا هنا، وهذا كله استحسان. والقياس أن لا يلزم القاتل شيء لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره. وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بإقراره بالعفو لكونه تكذيباً له. وجوابه أن القائل بتكذيب الشاهدين قد أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص قد سقط بشهادتهما كما إذا عفا والمقر له لم يكذب القاتل حقيقة بل أضاف الوجوب إلى غيره فجعل الواجب للشاهدين وفي مثله لا يرتد الإقرار كمن قال لفلان علي كذا فقال المقر له ليس لي ولكنه لفلان على ما بينا. قيد المؤلف بقوله «ولو شهد اثنان» وإن كان الحكم في الواحد كذلك لأنه إذا علم أن شهادة الاثنين باطلة علم ببطلان شهادة الواحد الفرد من باب أولى. ولم يتعرض لما إذا شهدا معاً أو متعاقباً ونحن نذكر ذلك ونذكر شهادة الفرد تتميماً للفائدة.

وقال في المبسوط: له وليان اثنان فشهد أحدهما على صاحبه أنه عفا فهو على قسمين: إما أن يشهد أحدهما على صاحبه بالعفو أو يشهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو. أما القسم الأول فهو على خمسة أوجه: إما أن يصدقه صاحبه والقاتل جميعاً أو كذباه أو كذبه

....

صاحبه وصدقه القاتل أو على عكسه أو سكتا جميعاً فالعفو واقع في المفصول كلها لأن الشاهد متى أقر بعفو صاحبه فقد أقر بسقوط القصاص في نصيبه، وإذا سقط يسقط في نصيب الآخر كما لو عفا الشاهد عن نصيبه. وأما الدية إن تصادقا فاللشاهد نصف الدية لأن الثابت بالتصادق والموافقة كالثابت بالمعاينة، وإن كذباه فلا شيء للشاهد ويجب للآخر نصف الدية لأنه لما شهد بالعفو فقد أقر ببطلان حقه في القصاص فصح وادعى انقلاب نصيب نفسه مالاً فلم يصدق ويحول نصيب الآخر مالاً لأن تعذر استيفاء القصاص في نصيبه من جهة غيره لأن سقوط القصاص مضاف إلى شهادة بالعفو فكان بمنزلة العفو منه، وإن كذبه صاحبه وصدقه القاتل ضمن الدية بينهما لأنه لما صدقه فقد أقر له بنصف الدية فلزمه وادعى بطلان حق المشهود عليه بالعفو فلم يصدق نصيب الساكت مالاً لأن في زعم الشاهد أن نصيبه تحول مالاً بعفو صاحبه والقاتل صدقه فيه فوجب له نصف الدية على القاتل وفي نصيب صاحبه لم يسقط من جهته لأنه لم يثبت عفوه في حقه لتكذيبه وإنما سقط بإقرارا الشاهد فينقلب نصيبه مالاً. وإن كذبه القاتل وصدقه صاحبه ضمن نصف الدية للمشهود عليه ولا يضمن للشاهد شيئاً. وقال زفر: لا شيء لهما لأن العفو ثبت في حقهما بتصادقهما ولم يثبت في حق القاتل لتكذيبه فسقط نصيب الشاهد ولم يجب لتكذيب نصف الدية فيبرأ القاتل. ولنا أن القاتل لما أكذب الشاهد في الشهادة بالعفو فقد كذبه فيما ادعى عليه من نصف الدية وأقر للمشهود عليه بنصف الدية في ماله لأنه زعم أن نصيب المشهود عليه إنما سقط لمعنى جاء من قبل الشاهد لا من جهته فإنه أنكر عفو المشهود عليه، والمشهود عليه لما صدق الشاهد في شهادته فقد أقر بذلك المال للشاهد، والمقر له بالمال إذا قال للمقر ما أقررت به ليس لي وإنما هو لفلان كان المقر به لفلان كمن أقر بمائة لزيد فقال زيد هي لعمر وصارت المائة لعمرو فكذا هذا. وأما القسم الثاني لو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو فلا يخلو إما أن يشهدا معاً أو متعاقباً، فإن شهدا معاً إن كذبهما القاتل بطل حقهما لأن كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص في نصيبه نصف الدية وأنه وجب له على القاتل لأن كل واحد منهما زعم أن حق العافي في القصاص قد سقط وانقلب نصيبه مالاً فصح إقرارهما بسقوط القصاص لأنهما لا يتهمان في حقهما، ولم يصح بالمال على القاتل لأنه دعوى والدعوى لا تثبت إلا بحجة، وكذلك إن صدقهما القاتل لأنه متى صدق أحدهما في دعواه فقد كذب الآخر في دعواه من المال لأن العافي لا يجب له شيء فقد تعارض التصديق والتكذيب بالشك فصار كأنه سكت. وإن صدقهما على التعاقب فلهما دية كاملة لأنه صدق الأول في دعواه المال فقد كذب الثاني في دعواه المال، فإذا صدق الثاني بعد ذلك فقد صدقه بعدما كذبه والتصديق بعد التكذيب جائز، وبتصديق الثاني إن صار مكذباً فيما ادعاه إلا أنه كذبه بعدما نفذ حكم التصديق بالسكوت عليه وكان التكذيب منه رجوعاً عن إقراره فلم يصح. وأما إذا شهد متعاقباً فإن

حتى مات يقتص وإن اختلفا شاهدا القتل في الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم ندر بماذا قتله بطلت وإن شهدا أنه قتله وقالا لا

كذبهما القاتل فللشاهد آخراً نصف الدية ولا شيء للأول لأن القاتل لما كذب الأول فقد زعم أن للثاني نصف الدية ولم يثبت عفوه ولم يوجد منه تكذيب القاتل في إقراره فوجب له نصف الدية، والأول قد أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية وجبت له على القاتل وقد كذبه القاتل في ذلك فلم يثبت، وكذبه إن صدقهما معاً فلا شيء للأول، وللثاني نصف الدية لأنه تعارض التصديق والتكذيب منه في حق كل واحد منهما فتساقطا فصار كأنه سكت، ولو سكت يجب للثاني نصف الدية ولا يبطل بتكذيب القاتل لأن تكذيب القاتل باطل في حق الثاني، وإن صدقه الثاني وكذبه الأول فللثاني نصف الدية ولا شيء للأول لأنه ثبت عفو الأول في حق القاتل بتصديق الثاني في شهادته ولم يثبت عفو الثاني بتكذيب الأول في شهادته. ولو عفا أحد الوليين وعلم الآخر أن القتل حرام عليه فقتل عليه القصاص وله نصف الدية في مال القاتل لأن قتله تمحض حراماً، وإن لم يعلم بالحرمة فعليه الدية في ماله علم بالعفو أو لم يعلم لأنه اشتبه عليه لأن ظنه استند إلى دليل يوجب الاشتباه وهو القياس على سائر الحقوق المشتركة بين اثنين إذا أبرأ أحدهما لا يبطل حق الآخر فكانت ظناً في موضع الاشتباه فأورث شبهة لسقوط القصاص، ولهذا اشتبه على عمر رضي الله عنه مع جلالة قدره في العلم حيث شاور ابن مسعود في ذلك على ما ذكرنا.

قال رحمه الله: **(وأن أشهدا أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص)** لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما عرف، والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لأنه إذا كان مخطئاً لا يحل لهم أن يظلقوه بل يقولون قصد غيره فأصابه لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش وأقام على ذلك حتى مات. قال الشارح: وتأويله إن شهدوا أنه ضربه بشيء جارح أقول قال في الكفاية: إنما أوله لتكون المسألة مجمعاً عليها. قال في معراج الدراية: الإطلاق في الجامع الصغير إن كان قولهما فهو مجرى على إطلاقه، وإن كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة. قال جمهور الشراح: فإن قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأً فيكف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان عمداً؟ قلنا: لما شهدوا أنه ضربه وإنما يشهدون أنه قصد غيره فأصابه وقالوا: كذلك ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده. قال رحمه الله: **(وإن اختلفا شاهدا القتل في الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم ندر بماذا قتله بطلت)** ولو قال المؤلف ولو شهد أربعة بقتل واختلفوا في الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قالا قتله بعصا وقال الآخر لم ندر بماذا قتله بطلت لكان أولى لأنه إذا علم ببطلان شهادة المثنى عند الاختلاف علم بطلان شهادة الفرد

....

من باب أولى لأن القتل لا يتكرر فالقتل في زمان أو في مكان غير القتل في مكان آخر أو في زمان آخر، وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة أخرى وتختلف الأحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقتل، ولأن اتفاق الشاهدين شرط للقبول ولم يوجد، ولأن القاضي يقضي بكذب أحدهما لاستحالة اجتماع ما ذكرنا فلا تقبل بمثله. وكذا لو كمل النصاب في كل واحد منهما لتيقن القاضي بكذب أحد الفريقين دون الآخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المعارض. أطلق في المكان وهو مقيد بالكبير قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح ديات الأصل: إنهما إذا اختلفا في المكان والمكانان متقاربان كبيت صغير فشهد أحدهما أنه رآه قتله في هذا الجانب وشهد الآخر أنه قتله في الجانب الآخر فإنه تقبل الشهادة استحساناً، وكذلك لو اختلفا في الآلة. وفي الأسبيجابي: كما إذا كان قال أحدهما قتله بالسيف وقال الآخر قتله بالقصاص. وقيدنا بما ذكر لأنهما لو اختلفا في القاتل لا تقبل كما سيأتي. واعلم بأن الكلام في الآلة على فصول: أحدها أن يتفقا على الآلة بأن شهدا أنه قتله عمداً بالسيف أو قتله بالعصا، فإن شهدا أنه قتله بالسيف إن ذكرا صفة التعمد بأن قالا قتله عمداً بالسيف فإنه تقبل شهادتهما ويقضى عليه بالقصاص، ولو قالا قتله بالسيف خطأ تقبل شهادتهما ويقضى بالدية على العاقلة، وإن سكتا عن ذكر صفة العمد والخطأ فهذا وما لو ذكرا صفة العمد سواء، وإن قالا لا ندري قتله عمداً أو خطأً فإنه تقبل هذه الشهادة ويقضى بالدية في مال القاتل، وهذا الذي ذكرنا أن الشهادة مقبولة جواب الاستحسان، والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة. وإن شهدا أنه قتله بالعصا إن كان العصا صغيراً لا تقتل مثله غالباً فإنه تقبل الشهادة ويقضى بالدية عندهما جميعاً كما لو ثبت معاينة سواء شهدا بالعمد أو بالخطأ أو أطلقا، وإن كان العصا كبيراً تقتل مثله غالباً فعلى قول أبي حنيفة الجواب عنه كالجواب فيما لو شهدوا أنه قتله بالسيف، وأما إذا بين أحدهما الآلة وقال الآخر لا أدري بماذا قتله فلأن المطلق يغاير المقيد لأنه معدوم والمقيد موجود فاختلفا. وكذا أيضاً حكمهما مختلف فإن من قال قتله بعصا يوجب الدية على العاقلة، ومن قال لا أعلم بماذا قتله على القاتل فاختلف المشهود به فبطلت وهو المراد بقوله «وقال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم ندر بماذا قتله». وكذا لو شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على إقرار القاتل بذلك كان باطلاً لاختلاف المشهود به، فإن شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على إقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به فإن أحدهما فعل يوجب القصاص والآخر الدية.

قال رحمه الله: **(وإن شهدا أنه قتله وقالا لا ندري بماذا قتله)** يعني بأي شيء قتله وجب عليه الدية في ماله استحساناً، والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة أصلاً لأنهما شهدا بقتل مجهول لأن الآلة إذا جهلت فقد جهل القتل لأن القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة فيكون

....

هذا غفلة من الشهود. وجه الاستحسان أنهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجهول لإمكان العمل به فيجب أقل موجبه وهو الدية فلا يحمل قولهما «لا ندري» على الغفلة بل يحمل على أنهما سعيا للدرء المندوب إليه في العقوبات استحساناً للظن ومثل ذلك سائغ شرعاً لأن الشرع أطلق الكذب في إصلاح ذات البين على ما قاله عليه الصلاة والسلام ليس بكذاب من أصلح بين اثنين فقال خيراً أو انمى خيراً فهذا مثله أو أحق منه فحمل عليه فلا يثبت جهلهما أو اختلافهما بالشك. وإنما وجبت الدية في ماله دون العاقلة لأن المطلق يحمل على الكمال فلا يثبت الخطأ بالشك. وقال محمد رحمه الله: رجل قتل وله وليان لا وراث له غيرهما فأقام أحدهما وهو عبد الله بينة على صاحبه وهو زيد أنه قتله عمداً وأقام زيد على أجنبي بينة أنه قتله عمداً قبلت البينتان عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى الولي المشهود عليه وهو زيد نصف الدية في ماله لصاحبه، وعلى المشهود عليه الأجنبي نصف الدية في ماله لصاحبه، وإن كان القتل خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف الدية. وقال أبو يوسف ومحمد: بينة الابن على أخيه أولى ويقضى له على الأخ المشهود عليه بالقود إن كان عمداً وإن كان خطأ فله الدية على عاقلته وبطلت بينة الابن المشهود عليه بالقود. واختلف المشايخ في الميراث؛ قال بعضهم: الميراث بينهما أرباعاً ثلاثة أرباع لعبد الله وربعه لزيد. وقال بعضهم: الميراث بينهما نصفان وهو الأصح. ولو أقام كل واحد منهما البينة على صاحبه أنه قتل أباهما عمداً أو خطأ فعلى قول أبي يوسف ومحمد تهاترت البينتان ولا تجب الدية والميراث بينهما، وأما على قول أبي حنيفة يقضى لكل واحد منهما على صاحبه بنصف الدية إن كان القتل عمداً ويتقاصان، وإن كان خطأ فعلى عاقلة كل منهما الدية، ولو كان البنون ثلاثة فأقام عبد الله على زيد بينة أنه قتل الأب وأقام محمد وزيد على عبد اللّه أنه قتل الأب فهنا تقبل البينتان بالاتفاق ولا يجب القصاص على واحد منهم بالاتفاق، ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله يقضى لكل واحد منهم على صاحبه بثلث الدية في ماله إن كان عمداً، وعلى عاقلته إن كان خطأ ويكون الميراث بينهم أثلاثاً، وأما على قول أبي يوسف ومحمد يقضى لكل واحد منهم على صاحبه بنصف الدية. ولو أقام عبد الله البينة على زيد وعمر وأنهما قتلا أباهم عمداً أو خطأ وأقام زيد وعمرو البينة على عبد الله أنه قتل أباهم عمداً أو خطأ تهاترت البينتان عندهما وانتصف الوراثة بينهما أثلاثاً كما لو لم توجد إقامة البينة، فإما على قول أبي حنيفة يقضى لعبد اللّه على زيد وعمرو بنصف الدية في مالهما إن كان عمداً، وعلى عاقلتهما إن كان خطأ، ففي مال عبد اللّه وإن كان خطأ فعلى عاقلته والميراث يكون نصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو. ولو أقام عمرو على زيد البينة أنه قتل أباهم ولم يقم واحد منهما البينة على عبد الله فإنه يقال لعبد الله ما تقوم في هذا، وإنما وجب السؤال لعبد الله لأنه صاحب حق في هذا الدم إذ هو ليس بقاتل فعد هذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن يدعي عبد الله على أحدهما بعينه أو لم يدع على

....

واحد منهما بأن قال لم يقتله واحد منهما أو ادعى عليهما بأن قال هما قتلاه؛ فإن ادعى القتل على واحد بعينه وهو عمر وفعلى قياس أبي حنيفة يقضى على عمرو بثلاثة أرباع الدية ويكون ذلك بينه وبين عبد الله نصفين فإن كان القتل عمداً ففي مال عمرو، وإن كان خطأ فعلى عاقلة عمرو ويقضى لعمرو على زيد بربع الدية ويكون ذلك في مال زيد إن كان عمداً، وإن كان خطأ فعلى عاقلته. وأما الميراث فنصفه لعبد اللّه ونصفه لزيد وعمرو، وأما على قول أبي يوسف ومحمد يقضى لعبد اللّه على عمرو بالقود إن كان عمداً، ويقضى بالدية على عاقلة عمرو إن كان خطأ ويكون ذلك بين عبد اللّه وزيد نصفين ويكون الميراث بينهما نصفين أيضاً. وإن لم يدع عبد اللّه القتل على واحد منهما بأن قال لم يقتله واحد ففي قياس قول أبي حنيفة يقضى لعمرو على زيد بربع الدية إن كان عمداً ففي ماله، وإن كان خطأ فعلى عاقلته ولا شيء لعبد الله من الدية ويكون الميراث أثلاثاً. وعند أبي يوسف ومحمد لا يقضى ها هنا بشيء لا بالدية ولا بالقصاص. وإن ادعى القتل عليهما بأن قال قتلتماه فعلى قول أبي حنيفة لا يقضى لعبد الله بشيء من الدية، وأما الميراث فنصفه لعبد الله ونصفه لهما، أما على قول أبي يوسف ومحمد فقد تهاترت بينة كل واحد منهما على صاحبه ولا بينة لعبد الله على ما يدعي فلا يقضى بشيء من الدية والميراث يكون بينهم أثلاثاً. ولو ترك المقتول أخاً وابناً فأقام الأخ البينة على الابن أنه قتل الأب وأقام الابن البينة على الأخ أنه هو الذي قتل الأب كانت بينة الابن أولى بخلاف ما إذا كانا ابنين حيث يقضى هناك بنصف الدية على قول أبي حنيفة وههنا بينة الابن أولى ولم يذكر الخلاف. ولو ترك المقتول ابنين وأخاً فأقام كل واحد من الابنين البينة على صاحبه بالقتل وصدق الأخ أحدهما أو صدقهما كان التصديق من الأخ والعدم بمنزلة واحدة، فإن أقام الأخ بينة أنهما قتلاه بعد أن أقام كل واحد من الابنين البينة على صاحبه أنه هو القاتل فعلى قول أبي يوسف مع محمد البينة بينة الأخ ويكون الميراث له ويقتل الابنين إن كان القتل عمداً، وإن كان خطأ فعلى عاقلتهما الدية. ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة، وينبغي أن يكون عنده أن لا تقبل بينة الأخ. وإن ترك ثلاث بنين فأقام اثنين منهم على الثالث أنه قتل أباهم وأقام الثالث بينة بذلك على الأجنبي فعلى قول أبي يوسف ومحمد بينة الابنين أولى فيقضي القاضي بالقصاص على الثالث للآخرين إن كان عمداً، وبالدية على عاقلته إن كان خطأ، ولا يرث الابن المشهود عليه ويكون الميراث بين الابنين على بينة الثالث فيقضى للاثنين على الثالث بثلثي الدية إن كان عمداً ففي ماله وإن كان خطأ فعلى عاقلته، ويقضي للثالث على الأجنبي بثلث الدية ويكون الميراث بينهم أثلاثاً. وإذا قتل الرجل وترك ثلاثاً فأقام الأكبر بينة على الأوسط أنه قتل الأب وأقام الأوسط بينة على الأصغر بذلك وأقام الأصغر بينة على الأجنبي بذلك، ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يقضى لكل واحد منهم على الذي أقام عليه البينة بثلث الدية، وأما على قول أبي يوسف

ندري بماذا قتله وإن أقر كل واحد منهم أنه قتله وقال الولي قتلاه جميعاً له قتلهما ولو كان مكان الإقرار شهادة لغت.

ومحمد يقضى للأكبر على الأوسط بنصف الدية، وللأوسط على الأصغر بنصف الدية، ولا يقضى للأصغر على الأجنبي بشيء.

قال رحمه الله: **(وإن أقر كل واحد منهم أنه قتله وقال الولي قتلاه جميعاً له قتلهما ولو كان مكان الإقرار شهادة لغت)** يعني لو أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل زيد منفرداً فقال الولي قتلاه جميعاً له قتلهما، وإن شهد اثنان على رجل أنه قتله وشهد آخران على آخر أنه قتله بطلت الشهادة، والفرق بينهما أن كل واحد من الإقرار والشهادة يثبت أن كل القتل وجد من المقر والمشهود عليه ومقتضاه أن يجب القصاص عليه وحده لأن معنى قوله أنا قتلته انفردت بقتله، وكذا قول الشهود قتله فلان يوجب انفراده بالقتل وقول الولي قتلهما تكذيب له حيث ادعى اشتراكهما في القتل فكأنه قال لم ينفرد أحد كما يقتله بل شاركه الآخر، وهذا القدر من التكذيب يمنع صحة قبول الشهادة لادعائه فسقهم به دون الإقرار لأن فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار. ولو قال في الإقرار صدقتما ليس له أن يقتل واحداً منهما لأن تصديق كل واحد منهما تكذيب للآخر لأن كل واحد منهما يدعي الانفراد بالقتل بتصديقه فوجب ذلك فصار كأنه قال لكل واحد منهما قتلت وحدك ولم يشاركك فيه أحد فيكون مقراً بأن الآخر لم يقتله بخلاف الأول وهو ما إذا قال قتلتماه تصديق لهما. قلنا هو تصديق ضمني والضمني يتسامح فيه ما لا يتسامح في القصدي وهو قوله صدقتما، ولو أقر رجل أنه قتله وقامت البينة على الآخر أنه قتله وقال الولي قتله كلاكما كان له أن يقتل المقر دون المشهود عليه لأن فيه تكذيباً لبعض موجبه على ما مر. وعلى هذا لو قال لأحد المقرين صدقت أنت قتلت وحدك كان له أن يقتله لأنهما تصادقا على وجوب القتل عليه وحده، وكذا إذا قال الأحد المشهود عليهما أنت قتلته كان له أن يقتله لعدم تكذيب المشهود له وإنما كذب الآخرين، وكذلك الحكم في الخطأ في جميع ما ذكرنا. وفي الأصل: ادعى الولي العمد أو الخطأ وصدق المدعى عليه أو كذب ويدخل فيه اختلاف الشاهدين؛ الأصل أن تعذر استيفاء القصاص بعد ظهور القتل إن كان لمعنى من جهة الولي لا تجب الدية، وإن كان لمعنى من جهة القاتل تجب الدية استحساناً فإنه يخرج على الأصل الذي قلنا فرع على ما إذا ادعى الولي الخطأ وأقر القاتل بالعمد فقال لو صدق الولي بعد ذلك القاتل وقال إنك قتلته عمداً فله الدية على القاتل بالعمد. وعن أبي يوسف في نوادر ابن سماعة: إذا ادعى الولي الخطأ وأقر القاتل بالعمد فعلى القاتل الدية. وقال محمد رحمهما الله في الزيادات: ادعى رجل على رجلين أنهم قتلا وليه عمداً بحديدة فله عليهما القصاص فقال أحدهما صدقت وقال الآخر ضربته أنا خطأ بالعصا فإنه يقضى لولي القتل عليهما بالدية في مالهما في ثلاثة سنين، وهذا الذي ذكرناه استحسان،

. . . .

والقياس أن لا يقضى عليهما بشيء. ولو ادعى الولي العمد عليهما وصدقه أحدهما في ذلك وأنكر الآخر القتل فلا شيء على المقر. وفي الخانية: ولو ادعى الخطأ عليهما وأقر أحدهما بالعمد وجحد الآخر فلم يقض بشيء، ولو ادعى العمد عليهما فأقر أحدهما وجحد الآخر القتل قتل المقر. ولو أقر أحدهما بالعمد والآخر بالخطأ وأنكر شركة الخاطئ قتل العامد، ولو قال رجل لرجل قتلت أنا وفلان وليك عمداً وقال فلان قتلناه خطأ وقال الولي للمقر بالعمد أنت قتلته وحدك عمداً فإن للولي أن يقتل المقر، وإن ادعى الولي الخطأ في هذه الصورة لا يجب شيء. رجل قطع يده ورجله ومات منهما فقال رجل قطعت يده عمداً وفلان قطع رجله ومات من ذلك وقال الولي لا بل أنت قطعت ذلك كله عمداً فإن للولي أن يقتله، وإن قال لا أدري من قطع رجله لا يكون له أن يقطع المقر وإن أزال الولي الجهالة بعد ذلك. وقال زفر: إذا بين صح بيانه حتى كان له أن يقتل المقر قال مشايخنا. وهذا إذا بين الولي قبل أن يقضي القاضي ببطلان حقه في القصاص قبل المقر حيث قال لا أدري من قطع رجله، فأما إذا قضى بذلك ثم بين لا يصح بيانه ولا يكون له أن يقتل المقر. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: رجل قال لرجل أنا قتلت وليك عمداً فصدقه وقتله ثم جاء آخر وقال أنا الذي قتلته وحدي وصدقه فعليه دية الذي قتله وله على الآخر الدية. قال محمد رحمه الله في الزيادات: ادعى رجل على رجلين أنهما قتلا وليه عمداً بالسيف وقضى له عليهما بالقصاص فأقر أحدهما بالقتل وأقام آخر شاهدين على الآخر أنه قتله وحده عمداً كان للمدعي أن يقتل المقر مكان العمد وليس له أن يقتل المشهود عليه وبطلت شهادة شاهدين ولو كان مكان قتل العمد قتل الخطأ وباقي المسألة بحالها لا شيء على المشهود عليه من الدية وعلى المقر نصف الدية وإن أقر بالكل. وفيها أيضاً: رجل قتل مقطوع اليدين وادعى وليه أن فلاناً قطع يده اليمنى عمداً وفلان قطع يده اليسرى عمداً ومات منهما فقال المدعى عليه أنا قطعت يده اليسرى عمداً ولا أدري من قطع يده اليمنى إلا أني أعلم أن اليمنى قطعت عمداً ومات من القطع وقال المدعى عليه قطعت اليد اليسرى ومات منها خاصة لا شيء على المقر، ولو قال الولي قطع فلان يده اليسرى عمداً ولا أدري من قطع اليمنى إلا أني أعلم أن اليمنى قطعت عمداً فمات منهما فلا قود عليه وعليه نصف الدية استحساناً. والقياس أن لا يلزمه شيء من الدية. وفيها أيضاً: رجل ادعى على رجل أنه شج وليه موضحة عمداً ومات منها وجحد المدعى عليه ذلك فجاء المدعي بشاهدين فشهدا بالموضحة وبالموت منها كما ادعاه المدعي وشهد الآخر بالموضحة والبرء قبلت شهادتهما على الموضحة وقضى بالقصاص في الموضحة، فمن مشايخنا من قال ما ذكره من الجواب قول أبي يوسف ومحمد، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن لا تقبل هذه الشهادة ولا يقضى بشيء، ومنهم من قال لا بل هذا قول الكل. ولو ادعى الموضحة والبرء منها وشهد أحد الشاهدين بالموضحة والبرء والآخر بالسراية

باب في بيان اعتبار حالة القتل

المعتبر حالة الرمي فتجب الدية بردة المرمي إليه قبل الوصول لا بإسلامه.

لا تقبل الشهادة، ولو ادعى الولي أنه مات منها وجاء بشاهدين شهد أحدهما كما ادعاه المدعي وشهد الآخر أنه بريء من ذلك قبلت الشهادة على الشجة وقضى بأرشها في مال الجاني، وذلك لو كان الميت عند رجل فادعى مولاه أن الشاج شجه موضحة عمداً ومات منها وأن له عليه القود وجاء بشاهدين فشهد أحدهما كما ادعى المدعي وشهد الآخر أنه برأ منها فالقاضي يقضي بأرض الشجة في مال الجاني والله أعلم.

باب في بيان اعتبار حالة القتل

لما كانت الأحوال صفات لذواتها ذكرها بعد القتل وما يتعلق به. قال رحمه الله: **(المعتبر حالة الرمي)** في حق الحل والضمان عند ذلك. قال رحمه الله: **(فتجب الدية بردة المرمي إليه قبل الوصول)** يعني لو رمى رجل رجلاً مسلماً فارتد المرمي إليه والعياذ بالله قبل وصول السهم إليه ثم وقع به السهم تجب على الرامي الدية وهذا عند الإمام. وقالا: لا شيء عليه لأن التلف حصل في محل لا عصمة له لأنه بارتداده أسقط تقوم نفسه فاصر مبرئاً للرامي عن موجبه كما لو أبرأه في هذه الحالة. وللإمام أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي لأنه هو الذي يدخل تحت قدرته دون الإصابة ولا فعل له أصلاً بعده فيصير قاتلاً بالرمي ألا ترى أنه لو رمى إلى صيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى فأصاب السهم الصيد وهو مرتد فجرحه ومات بالجرح حل أكله، وكذلك لو كفر بعد الرمي قبل الإصابة جاز تكفيره، وكان القياس أن يجب القصاص لما ذكرنا لكنه سقط بالشبهة. قال في النهاية: وقولهما أنه بالارتداد صار مبرئاً له عن ضمان الجناية غير صحيح لأن اعتقاده المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئاً عن ضمان الجناية غير صحيح؛ كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي. قال رحمه الله: **(لا بإسلامه)** أي لا يجب شيء بإسلام المرمي إليه بأن رمى إلى حربي أو مرتد فأسلم قبل الإصابة ثم أصابه بعدما أسلم، وهذا بالإجماع لأن الرمي لم ينعقد موجباً للضمان لعدم تقوم المحل لأن المرتد والحربي لا عصمة لدمهما. قال رحمه الله: **(والقيمة بعتقه)** يعني لو رمى إلى عبد فأعتقه المولى بعد الرمي قبل الإصابة فأصابه السهم فمات لزم الرامي القيمة عند الإمام. وقال محمد: له فضل ما بين قيمته مرمياً وغير مرمي لأن العتق قطع السراية، وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهي جناية تنتقص بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته ألف درهم قبل الرمي وثمانمائة بعده لزمه مائتان لأن العتق قاطع

والقيمة بعتقه ولا يضمن الرامي برجوع شاهد الرجم بعد الرمي وحل الصيد بردة الرامي لا بإسلامه ووجب الجزاء بحله لا بإحرامه.

للسراية ألا ترى أن من قطع يد عبد ثم عتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه إلا أرش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع إلى العتق وهو بنفس الرمي فصار جانياً عليه لأن يوجب النقصان. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الرمي يصير قاتلاً له من وقت الرمي وهو مملوك في تلك الحالة بخلاف القطع والجرح لأن كل واحد منهما إتلاف لبعض المحل والإتلاف يوجب الضمان للمولى لأنه ورد على محل مملوك له، ثم إذا سرى لا يوجب شيئاً لأنه لو أوجب شيئاً لوجب للعبد لا للمولى لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه فيصير النهاية مخافة للبداية فصار ذلك كتبدل المحل، وعند تبدل المحل لا تتبدل السراية فكذا هنا. أما الرمي فقبل الإصابة به ليس بإتلاف شيء منه لأنه لا أثر له في المحل وإنما قلت فيه الرغبات فلا يجب فيه المضان قبل الاتصال بالمحل، وعند الاتصال بالمحل يستند الوجوب إلى وقت الانعقاد فلا تخالف النهاية البداية فتجب قيمته للمولى. وقال زفر رحمه الله: عليه الدية لأن الرمي إنما صار علة عند الإصابة إذ الاتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به ووقت التلف المتلف حر فتجب ديته، وأبو يوسف مع أبي حنيفة فيه. والفرق له بين هذا وبين ما تقدم من مسألة الارتداد أنه اعترض على الرمي ما يوجب عصمة المحل فيما تقدم فحصل ذلك بمنزلة الإبراء، أما هنا اعترض على الرمي بما يؤكد عصمة المحل وهو الإعتاق فلا تبطل به الجناية. قال رحمه الله: **(ولا يضمن الرامي برجوع شاهد الرجم بعد الرمي)** معناه إذا قضى القاضي برجم رجل فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود بعد الرمي قبل الإصابة ووقع عليه الحجر فلا شيء على الرامي لما أن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم. قال رحمه الله: **(وحل الصيد بردة الرامي لا بإسلامه)** معناه إذا رمى مسلم صيداً فارتد قبل وقوع السهم بالصيد حل أكله، ولو رماه وهو مجوسي فأسلم قبل الوقوع لا يحل لأن المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة إذ الرمي هو الذكاة لأنه فعله ويدخل تحت قدرته لا الإصابة فتعتبر الأهلية وعدمها عنده. قال رحمه الله: **(ووجب الجزاء بحله لا بإحرامه)** أي لو رمى المحرم صيداً فحل قبل الإصابة ثم أصاب وجب عليه الجزاء، وإن رماه وهو حلال فأحرم قبل الإصابة فوقع الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء لأن الجزاء يجب بالتعدي وهو الرمي في حالة الإحرام ووجد ذلك في الأول دون الثاني، والأصل في مسائل هذا الكتاب أن يعتبر وقت الرمي بالاتفاق، وإنما عدل أبو يوسف ومحمد عن ذلك فيما إذا رمى إلى مسلم فارتد والعياذ بالله قبل الإصابة باعتبار أنه صار مبرئاً له على ما بينا في أول هذا الفصل والله تعالى أعلم بالصواب.

كتاب الديات

كتاب الديات

قال في العناية: ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية أحد موجبي الجناية في الآدمي صيانة له عن القصاص لكن القصاص أشد جناية فلذا قدمه. والكلام فيها من وجوه: الأول في دليل مشروعيتها، والثاني في معناها لغة، والثالث في معناها عند الفقهاء، والرابع في سبب وجوبها، والخامس في فائدتها، والسادس في ركنها، والسابع في شرطها، والثامن في حكمها. أما دليل المشروعية فقوله تعالى ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] الآية. وأما معناها في اللغة فالدية مصدر ودي القاتل المقتول أعطى ديته وأعطى لوليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر؛ كذا في المغرب. قال في القاموس: الدية حق للقتيل جمعها ديات. وفي الصحاح: وديت القتيل أديه دية إذا أعطيت ديته. وأما معناها شرعاً فالدية عبارة عما يؤدي وقد صار هذا الاسم علماً على بدل النفوس دون غيرها وهو الأرش. وأما سبب وجوبها فالخطأ فإن الآدمي لما خلق في الأصل معصوم النفس محقون الدم مضموناً عن الهدر فيجب صون حقه عن البطلان. وأما الخامس وهو فائدتها فهو دفع الفساد وإطفاء نار ولي المقتول. وأما ركنها فهو الأداء والإيتاء. وأما شرط وجوبها فكون المقتول معصوم الدم متقوماً بعصمة الدار ومنعة الإسلام حتى لو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتل لا تجب الدية. وأما حكمها فتمحيض ذنب التقصير بالتفكير. وفي المبسوط: يحتاج إلى بيان كيفية وجوب الدية وكيفية مقدارها. أما كيفية وجوب الدية ففي نفس الحر تجب دية كاملة يستوي فيها الصغير والكبير، والوضيع والشريف، والمسلم والذمي. وقال الشافعي رحمه الله: دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، وفي المجوس ثمانمائة، والصحيح قولنا لما روي أن النبي ﷺ قضى بدية المستأمنين اللذين قتلهما عمرو بن أبي أمية كدية حرين مسلمين. وعن الزهري أنه قال: قضى أبو بكر وعمر في دية الذمي بمثل دية المسلم. ولأنهما يستويان في العصمة والحرية ولهذا قال علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ونقص

دية شبه العمد مائة من الإبل أرباعاً من بنت مخاض إلى جذعة ولا تتغلظ الدية إلا في الإبل وفي الخطأ مائة من الإبل أخماساً أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم وكفارتهما ما

الكفر يؤثر في أحكام العقائد فيستويان في الدية. قال في الكافي: الدية المال الذي هو بدل النفس والأرش اسم للواجب على ما دون النفس اهـ. أقول: الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجيء في الفصل الآتي من أن في المارن الدية، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية، وفي اللحية الدية، وفي شعر الرأس الدية، وفي الحاجبين الدية، وفي العينين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية إلى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس. وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «في النفس وفي اللسان الدية، وفي المارن» وهكذا هو الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن خزم رضي الله عنه كما سيأتي، فالأظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب العناية آخراً فإنه بعد أن ذكر مثل ذلك في المغرب وعامة الشروح قال: والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي أو طرق منه سمى بها لأنه يؤدي عادة الأنه قل ما يجري فيه العفو لعظم حرمة الآدمي اهـ. ولما كان المقصود من الفقه بيان الأحكام لا بيان الحقائق ترك المؤلف بيان الحقيقة وشرع يبين أنواعها.

قال رحمه الله: **(دية شبه العمد مائة من الإبل أرباعاً من بنت مخاض إلى جذعة)** يعني خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون جذعة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد والشافعي: ثلاثون حقة وثلاثون حذعة وأربعون ثنية في بطونها أولادها لقوله عليه الصلاة والسلام «ألا إن قتيل الخطأ العمد بالسوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الإبل أربعون منها ثنية إلى بازل عامها كلهن خلفة» ولأنه لا خلاف أن التغليظ فيه واجب لشبهه بالعمد ومعنى التغليظ يتحقق بإيجاب شيء لا يجب في الخطأ. ولهما أن النبي ﷺ قضى في الدية بمائة من الإبل أرباعاً، ومعلوم أنه لم يرد به الخطأ لأنه تجب فيه أخماساً فعلم أن المراد به شبه العمد، ولأنه لا خلاف بين الأمة أن الدية مقدر بمائة من الإبل. قال عليه الصلاة والسلام «في نفس المؤمن مائة من الإبل» واختلفوا في صفة التغليظ فذهب ابن مسعود رضي الله عنه إلى أنها أرباع مثل مذهبنا، ومذهب علي رضي الله عنه أنها أثلاث ثلاث وثلاثون حقه وثلاث وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة. قال رحمه الله: **(ولا تتغلظ الدية إلا في الإبل)** لأن الشرع ورد به وعليه الإجماع والمقدرات لا تعرف إلا سماعاً إذ لا مدخل للرأي فيها فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه لعدم التوقيف بالتقدير بغير الإبل. قال رحمه الله: **(وفي الخطأ مائة من الإبل أخماساً)** أي دية الخطأ مائة من الإبل أخماساً ابن مخاض الخ. أي

....

عشرون ابن مخاض، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون حقة وعشرون جذعة. فإذا كانت أخماساً يكون من كل نوع من هذه الأنواع عشرين لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال «في دية الخطأ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون بنت مخاض» رواه أبو داود والترمذي وأحمد وغيرهم. والشافعي أخذ بمذهبنا غير أنه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض، والحجة عليه ما روينا، ولأن ما قلناه أخف لاقامة ابن المخاض مقام ابن لبون فكان لبون أليق بحال المخطئ، ولأن الشرع جعل ابن اللبون بمنزلة بنت المخاض في الزكاة حيث أخذه مكانها فإيجاب العشرين منه مع العشرين من بنت المخاض كإيجاب أربعين بنت مخاض وذلك لا يليق بل لا يجوز لعدم التغاير وذلك لأنه عليه الصلاة والسلام لم يرد بتغيير أسنان الإبل إلا التخفيف ولا يتحقق فيه التخفيف فلا يجوز. قال رحمه الله: **(أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم)** وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى: الدية اثنا عشر ألف درهم لما روينا عن ابن عباس أن رجلاً قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً. رواه أبو داود والترمذي. ولأنه لا خلاف أنها من الدنانير ألف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله ﷺ اثني عشر درهماً. ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم. وما قلنا أولى للتيقن به لأنه أقل أو يحمل على ما روياه على وزن خمسة، وما رويناه على وزن ستة، وهكذا كانت دراهمهم من زمان النبي ﷺ إلى زمان عمر على ما حكاه الخبازي في كتاب الزكاة فإنه قال: كانت الدراهم على عهد رسول الله ﷺ ثلاثة الواحد منها وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار، والثاني وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة إلى آخر ما تقدم في كتاب الزكاة. فجمع عمر رضي الله عنه بين الثلاثة فخلط فجعله ثلاثة دراهم فصار ثلث المجموع درهماً فكشف هذا أن الدينار عشرون قيراطاً فوق العشرة يكون مثله عشرون قيراطاً ضرورة استوائهما، ووزن الستة يكون نصف الدينار وعشرة فيكون اثني عشر قيراطاً وزن الخمسة يكون نصف الدينار فيكون عشرة قراريط فيكون المجموع اثنين واربعين قيراطاً، فإن جعلتها أثلاثاً صار كل ثلث أربعة عشر قيراطاً وهو الذي كان عليه دراهمهم. فإذا حمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة استويا. والذي يرجح مذهبنا ما روي أن الواجب في الجنين خمسمائة درهم وهو عشر دية الأم عنده سواء كان ذكراً أو أنثى، وعندنا عشر دية النفس إن كان أنثى، ونصف العشر إن كان ذكراً، فعلم بذلك أن دية الأم خمسة ألاف ودية الرجل ضعف ذلك وهو عشرة آلاف، ولأنا أجمعنا أنها من الذهب ألف دينار والدينار مقوم في الشرع بعشرة دراهم ألا ترى أن نصاب الفضة في الزكاة مقدر بمائتي درهم ونصاب الذهب فيها بعشرين ديناراً فيكون غنياً بهذا القدر من كل واحد منهما إذا الزكاة لا تجب إلا على الغني فيعلم بذلك علماً ضرورياً أن الدينار مقدر

ذكر في النص ولا يجوز الإطعام والجنين ويجوز الرضيع لو أحد أبويه مسلماً ودية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دونها ودية المسلم والذمي سواء.

بعشرة دراهم. ثم الخيار في هذه الأنواع الثلاثة إلى القاتل لأنه هو الذي يجب عليه فيكون الخيار إليه كما في كفارة اليمين، ولا تثبت الدية إلا إن هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: يجب منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ فرض في الدية على أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل هذه الشياه ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة. رواه أبو داود. وكان عمر رضي الله عنه يقضي بذلك على أهل كل مال كما ذكرنا. وكل حلة ثوبان إزار ورداء وهو المختار. وفي النهاية: قيل في زماننا قميص وسراويل. وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الأشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات، والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها فلا يعدل عن القياس، والآثار التي وردت فيها تحتمل القضاء فيها بطريق الصلح فلا يلزم حجة. وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أن مائتي بقرة لا يجوز وتأويله أنه قولهما.

قال رحمه الله: **(وكفارتهما ما ذكر في النص)** أي كفارة القتل خطأ وشبه العمد هو الذي ذكر في القرآن وهو الإعتاق والصوم على الترتيب متتابعاً كما ذكر في النص قال الله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] وشبه العمد خطأ في حق القتل وإن كان عمداً في حق الضرب فتتناولهما الآية. ولا يختلفان فيه لعدم النقل بالاختلاف بخلاف الدية حيث تجب في شبه العمد مغلظة لوجود التوفيق في التغليظ في شبه العمد دون الخطأ والمقادير لا تجب إلا سماعاً. قال رحمه الله: **(ولا يجوز الإطعام والجنين)** لأن الإطعام لم يرد به النصف والمقادير لم تعرف إلا سماعاً، ولأن المذكور كل الواجب أما في الجواب أو لكونه كل المذكور والجنين لم تعرف حياته ولا سلامته فلا يجوز، ولأنه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص. قال رحمه الله: **(ويجوز الرضيع لو أحد أبويه مسلماً)** لأنه مسلم تبع له والظاهر سلامة أطرافه على ما عليه الحيلة، ولا يقال كيف اكتفى هذا بالظاهر في سلامة أطرافه حتى جاز التكفير ولم يكتف بالظاهر في حد وجوب الضمان بإتلاف أطرافه لأنا نقول: الحاجة في التكفير إلى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدافع والحاجة في الإتلاف إلى دفع الضمان وهو لا يصلح حجة فيه، ولأنه يظهر حال الأطراف فيما بعد التكفير إذا عاش ولا كذلك الإتلاف فافترقا. قال رحمه الله: **(ودية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دونها)** روي ذلك عن علي موقوفاً ومرفوعاً. وقال الشافعي: الثلث وما دون الثلث لا يتنصف لما روي عن سعيد بن المسيب أنه السنة. وقال الشافعي: السنة إذا أطلقت يراد به سنة النبي ﷺ. ولنا ما روينا وما رواه أن كبار الصحابة أفتوا

فصل

في النفس والمارن وفي اللسان والذكر والحشفة وفي العقل والسمع والبصر والشم

بخلافه، ولو كان سنة النبي ﷺ لما خالفوه. وقوله «سنة» محمول على أنه سنة زيد لأنه لم يرو إلا عنه موقوفاً، ولأنه هذا يؤدي إلى المحال وهو أما إذا كان ألمها أشد ومصابها أكبر أن يقل أرشها بيانه أنه لو قطع أصبع منها يجب عشر من الإبل، وإذا قطع أصبعان يجب عشرون، وإذا قطع ثلاثة يجب ثلاثون لأنها تساوي الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث، ولو قطع أربعة يجب عشرون للتنصيف فيما هو أكثر من الثلث فقطع الرابعة لا يوجب شيئاً بل يسقط ما وجب بقطع الثالثة، وحكمة الشارع تنافي ذلك فلا تجوز نسبته إليه لأن من المحال أن تكون الجناية لا توجب شيئاً شرعاً وأقبح منه أن تسقط ما وجب لغيرها وهذا مما تحيله العقلاء بالبديهة، ولأن الشافعي يعتبر الأطراف بالأنفس وتركه هنا حيث نصف دية النفس ولم ينصف دية الأطراف إلا إذا زاد على الثلث. قال رحمه الله: **(ودية المسلم والذمي سواء)** لما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قضى في مستأمن قتله عمرو بن أمية الضمري بمائة من الإبل وقال عليه الصلاة والسلام: ودية كل ذي عهد في عهده ألف دينار. وعن الزهري أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم. وقال علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا وفي ظاهر قوله تعالى ﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] دلالة عليه لأن المراد منه ظاهر ما هو المراد من قوله تعالى في قتل المؤمن ودية مسلمة إلى أهله لأنهم معصومون متقومون لإحرازهم أنفسهم بالدار فوجب أن يكونوا ملحقين بالمسلمين إذ يجب بقتلهم ما يجب بقتلهم أن لو كانوا مسلمين ألا ترى أن أموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب بإتلافها ما يجب بإتلاف مال المسلم، فإذا كان هذا في أموالهم فما ظنك في أنفسهم؟ ولا يقال إن نقص الكفر فوق نقص الأنوثة والرق فوجب أن تنتقص ديته به كما تنتقص بالأنوثة والرق ولأن الرق أثر الكفر فإذا انتقص بأثره فأولى أن ينتقص به لأنا نقول: نقصان دية المرأة والعبد لا باعتبار نقصان الأنوثة والرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية فإن المرأة لا تملك النكاح والعبد لا يملك المال والحر الذكر يملكهما، ولهذا زادت قيمته ونقصت قيمتهما والكافر يساوي المسلم في هذا المعنى فوجب أن يكون بدله كبدله والمستأمن ديته مثل دية الذمي في الصحيح لما روينا.

فصل:

لما فرغ من بيان دية النفس شرع يذكر ما يلحق بها فيها. قال رحمه الله: **(في النفس والمارن)** يعني تجب الدية في كل واحد منهما. قال محمد رحمه الله: وفي الأنف الدية، وفي

....

المارن الدية والمارن مالان من الأنف. في الذخيرة: فيه حكومة عدل. وفي الأصل: وإذا قطع أنف رجل وذهب شمه تجب دية كاملة. وفي الظهيرية: وبه يفتى. وعن محمد أنه تجب حكومة العدل. وفي الكافي: ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة. وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فإن نفر عن ذلك علم أنه لم يذهب شمه. وفي المنتقى: إذا جنى عليه فصار لا يستنثر من أنفه ولكن يستنثر من فمه فعليه حكومة عدل. وفي شرح الطحاوي: إذا قطع المارن ثم الأنف، فإن كان قبل البرء تجب دية واحدة، وإن كان بعد البرء تجب الدية في المارن وحكومة العدل في الباقي. وفي جنايات الحسن: إذا كان أنف القاطع أصغر كان المقطوع أنفه بالخيار إن شاء قطع أنفه وإن شاء أخذ أرشه، فإن كان في أنف القاطع نقصان من شيء أصابه أو كان أخشم لا يجد الريح فكذلك الجواب. وفي الحاوي: أخشم يعني أصغر أو أخرق. فالمقطوع أنفه بالخيار إن شاء قطع أنف القاطع، وإن شاء ضمنه دية الأنف. وفي الكبرى: لو قطع الأنف من أصل العظم اقتص منه ومعناه ما يليه المارن فإنه قال: لو ضرب أنفه فوق العظم فانكسر العظم وتدغدغ اللحم حتى ذهب بالأنف لم يكن فيه قصاص. وعن محمد أنه لو قطع المارن وهي أرنبته يقتص منه، وإن قطع من أصله فلا قصاص عليه لأنه عظم وليس بمفصل. والجواب: أما السن فقد قيل إنه ليس بعظم وإنما هو عصب ينعقد ولو كان عظماً لنبت إذا كسر بخلاف سائر العظام، ومراد محمد العظام الذي لا ينتقص على حسب المراد إلا أنه سامح وأوجز في اللفظ. في القدوري: في الأنف المقطوعة أرنبته حكومة عدل. وفي الأصل: إذا انكسر أنف إنسان ففيه حكومة عدل، وإذا قطع كل المارن عمداً يجب القصاص، وإذا قطع بعضه لا يجب القصاص، وإذا قطع بعض عصبة الأنف لا يجب القصاص بالاتفاق، وإذا قطع كل الأنف لا يجب القصاص، وعند أبي يوسف يجب؛ هكذا ذكره الكرخي. قال القدوري: أراد بقوله إذا قطع كل الأنف يجب الفاضل عن قول أبي يوسف في المارن، أما عصبة الأنف عظم ولا قصاص في العظم بالإجماع وقدمنا ذلك بتفاصيله. قال رحمه الله: **(وفي اللسان والذكر والحشفة)** يعني الدية. أما اللسان قال محمد في الأصل: وفي اللسان الدية يريد به حالة الخطأ وإذا قطع بعض اللسان إن منعه عن الكلام ففيه كمال الدية، وأما إذا منعه عن بعض الكلام دون البعض فإنه تجب الدية بقدر ما فات، إن كان الفائت نصفاً يجب نصف الدية، وإن كان ربعاً يجب ربع الدية. وكيف نعرف مقدار الفائت من الباقي؟ اختلف المشايخ المتأخرون؛ قال بعضهم: يعرف بالتهجي بحروف المعجم التي عليها مدار كلام العرب وهي ثمانية وعشرون حرفاً، فإن أمكنه التكلم بنصف الحروف أربعة عشر وعجز عن النصف علم أن الفائت نصف الكلام فتجب نصف الدية، وإن أمكنه التكلم بثلاثة أرباع منها وذلك أحد وعشرون كان الفائت هو الربع فيجب ربع الدية، وإن أمكنه التكلم بربعها وهو سبعة كان الفائت ثلاثة

. . . .

أرباعه فيلزمه ثلاثة أرباع الدية. والأصل في هذا روي أن رجلاً قطع طرف لسانه في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرى ألف ب ت ث فما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك، وما لم يقرأه أوجب الدية بحساب ذلك. وقال بعضهم: لا يهجي بجميع حروف المعجم وإنما يتهجى بالحروف المتعلقة باللسان اللازمة، فإن لم يمكنه التهجي بالنصف كان الفائت نصفاً فيلزمه نصف الدية، وإن أمكنه التكلم بالثلث يلزمه ثلثا الدية قالوا: والأول أصح اهـ. وفي التجريد: المعتبر الحروف التي تتعلق باللسان فالهوائية والحلقية والشفوية لا تدخل في القسمة. وفي السغناقي: الحروف التي تتعلق باللسان وهي الألف والتاء الثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء. فإن لم يمكنه إتيان بحرف منها يلزمه حصته من الدية. فأما الهوائية والحلقية والشفوية فلا تدخل في القسمة. فالشفوية: الباء والميم والواو. والحلقية: الهاء والعين والغين والحاء والخاء والقاف. وهذا كله في لسان البالغ والكلام في لسان الصبي يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى. وإذا قطع لسان غيره عمداً ذكر في الأصل أنه لا قصاص بقطع البعض أو قطع الكل، وعن أبي يوسف أنه إذا قطع الكل ففيه القصاص. وفي شرح الطحاوي: وإذا قطع اللسان أن لا قصاص فيه بالإجماع. وفي العيون قال أبو حنيفة في اللسان: إذا أمكن القصاص يقتص. وفي الظهيرية: والفتوى على لا قصاص في اللسان لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه لأنه ينقبض وينبسط.

وفي الواقعات: لا قصاص في اللسان وإن قطع من وسط اللسان أو من طرفه فإن ادعى ذهاب الكلام يشتغل عنه حتى يسمع كلامه أو لا يسمع وفي لسان الأخرس حكومة عدل. وأطلق المؤلف في وجوب الدية في الذكر ولم يفرق بين شاب وشيخ، ولا بين مريض وصحيح، ولا بين ذكر خصي وعنين، ولا بد من بيان ذلك. ولو قال ويقطع ذكر يفوت به الإيلاج لكان أولى. وفي المحيط: وفي ذكر الخصي والعنين حكومة عدل. وعن الشافعي كمال الدية. قلنا: ذكر الخصي والعنين لا يتصور منه الإيلاج بنفسه فلا تجب فيه دية، وفي ذكر المريض دية كاملة لأنه بزوال المرض يعود إلى قوته الكاملة، وفي ذكر الشيخ الكبير إن كان لا يتحرك ولا قدرة له على الوطء حكومة عدل، وإن كان يتحرك ويقدر على الوطء دية كاملة، وفي قطع الذكر المقطوع الحشفة حكومة عدل. وفي التجريد: وفي الأنثيين كاملة كمال الدية. وفيه أيضاً: وفي قطع الحشفة دية كاملة، فإن جاء بعد ذلك وقطع باقي الذكر قبل تخلل برء تجب دية واحدة كاملة ويجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة، وإن تخلل بينهما برء يجب كمال الدية في الحشفة وحكومة العدل في الباقي وإذا قطع الذكر والأنثيين من الرجل الصحيح خطأ إن بدأ بقطع الذكر ففيه ديتان. وفي التجريد: وكذا إذا قطعهما من جانب واحد معاً ففيه ديتان. وفي التحفة: وفي الأنثيين إذا قطعهما مع الذكر جملة مرة

والذوق واللحية أن لم تنبت وشعر الرأس والعينين والأذنين والحاجبين وثدي المرأة الدية وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية وفي أجفان العينين الدية وفي

واحدة في حالة واحدة يجب عليه ديتان دية بإزاء الذكر ودية بإزاء الانثيين، وإن قطع الذكر أولاً ثم الأنثيين يجب ديتان أيضاً لأن بقطع الذكر تفوت منفعة الأنثيين وهي إمساك المني، فأما إذا قطع الأنثيين أولاً ثم الذكر تجب الدية بقطع الأنثيين ويجب بقطع الذكر حكومة العدل، وفي الأنثيين إذا قطعهما خطأ كمال الدية. وفي الظهيرية: وفي أحدهما نصف الدية وقد قدمناه. وفي المنتقى عن محمد: إذا قطع إحدى أنثييه فانقطع ماؤه دية ونصف ولا يعلم ذهاب الماء إلا بإقرار الجاني، فإن قطع الباقي من إحدى الأنثيين يجب نصف الدية، ولم يذكر في الكتاب أنه إذا قطع الأنثيين عمداً هل يجب القصاص، والظاهر أنه يجب فيهما القصاص حال العمد، إن قطع الحشفة كلها عمداً ففيها القصاص، وإن قطع بعضها فلا قصاص فيه، ولو قطع الذكر كله ذكر في الأصل أنه لا قصاص لأنه ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفاء القصاص فيه وصار كاللسان، وعن أبي يوسف أنه يجب القصاص. قال رحمه الله: **(وفي العقل والسمع والبصر والشم والذوق)** يعني تجب في كل واحد منهما دية كاملة. أما العقل فلأن بذهابه تذهب منافع الأعضاء كلها لأن أفعال المجنون تجري مجرى أفعال البهائم، وأما السمع فلأنه بفواته يفوت جنس المنفعة على الكمال وهو منفعة الاستماع، وأما الشم فلأن بفواته يفوت إدراك الروائح الطيبة والتفرقة بين الرائحة الطيبة والخبيثة، وأما الذوق فلأن بفواته يفوت إدراك الحلاوة والمرارة والحموضة وقد روي عن عمر رضي الله عنه قضى لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه. وقال أبو يوسف: لا يعرف الذهاب والقول قول الجاني لأنه المنكر ولا يلزمه شيء إلا إذا صدقه أو نكل عن اليمين. وقيل: ذهاب البصر تعرفه الأطباء فيكون فيه قول رجلين عدلين منهم حجة فيه. وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العينين فإذا دمعت عينه علم أنها باقية وإلا فلا. وقيل: يلقي بين يديه حية فإن هرب منها علم أنها لم تذهب، وإن لم يهرب فهي ذاهبة، وطريق معرفة ذهاب السمع أن يغافل ثم ينادي، فإن أجاب علم أنه لم يذهب وإلا فهو ذاهب، وروى اسمعيل بن حماد أن امرأة ادعت أنها لا تسمع وتطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها ثم قال لها فجأة: غطي عورتك. فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها فظهر كذبها.

قال رحمه الله: **(واللحية أن لم تنبت وشعر الرأس والعينين والأذنين والحاجبين وثدي المرأة الدية وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية وفي أجفان العينين الدية وفي أحدهما ربع الدية)** يعني إذا حلق اللحية أو شعر الرأس ولم ينبت في كل واحد منهما دية كاملة لأنه أزال جمالاً على الكمال. وقال ملك والشافعي: لا تجب فيها الدية وتجب فيها حكومة عدل

....

لأن ذلك زيادة في الآدمي ولهذا ينمو بعد كمال الخلقة ولهذا تحلق الرأس واللحية وبعضها في بعض البلاد فلا تتعلق به الدية كشعر الصدر الساق إذ لا تتعلق به منفعة، ولهذا لا تجب في شعر العبيد نقصان القيمة. ولنا قول علي رضي الله عنه في الرأس إذا حلق ولم ينبت الدية كاملة، والموقوف في هذا كالمرفوع لأنه من المقادير فلا يهتدي إليه بالرأي لأن اللحية في أوانها جمال فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الأذنين الشاخصين، والدليل على أنه جمال قوله عليه الصلاة والسلام «إن لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحاء، والنساء بالقدود» والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به الجمال. وأما شعر العبد فقد روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب عليه كمال القيمة فلا يلزمنا. والجواب عن الظاهر أن المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر لأن المقصود منه في حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية. وفي الشارب حكومة عدل في الصحيح لأنه تابع للحية فصار طرفاً من أطراف اللحية. واختلفوا في لحية الكوسج والظاهر أنه إن كان في ذقنه شعرات معدودة فليس في حقلها شيء لأن وجودها يشينه ولا يزينه، وإن كان أكثر من ذلك كان على الخد والذقن جميعاً ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لأنه فيه بعض الجمال، وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفي لحيته كمال جمال، وهذا كله إذا انسد المنبت، فإن نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق لفعل الجاني أثر في البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه المحرم، وإن نبت أبيض فقد ذكر في النوادر أنه لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة في الحر لأن الجمال يزداد بياض الشعر في اللحية، وعندهما تجب حكومة عدل لأن البياض يشينه في غير أوانه فتجب حكومة عدل باعتباره. وفي العبد تجب حكومة عدل عندهم لأنه تنتقص به قيمته. ويستوي العمد والخطأ في حلق الشعر لأن القصاص لا يجب فيه لأنه عقوبة فلا يثبت فيها قياساً، وإذا ثبت نصاً أو دلالة والنص إنما ورد في النفس والجراحات ويؤجل فيه سنة، فإن لم ينبت فيها وجبت الدية ويستوي فيها الصغير والكبير، والذكر الأنثى. فإن مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شيء عليه. أما ما يكون مزودجاً في الأعضاء كالعينين واليدين ففي قطعهما كمال الدية، وفي قطع أحدهما نصف الدية، وأصل ذلك ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال «في العينين الدية، وفي أحدهما نصف الدية، وفي الرجلين الدية، وفي أحدهما نصف الدية» ولأن تفويت اثنين منها تفويت المنفعة أو تفويت الجمال على الكمال. وفي تفويت الرجلين تفويت منفعة المشي. وفي تفويت الأنثيين تفويت منفعة الإمناء والنسل. وفي ثديي المرأة تفويت منفعة الإرضاع بخلاف ثديي الرجل لأنه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل. وفي حلمتي المرأة كمال الدية، وفي أحدهما نصف الدية لفوات منفعة الإرضاع وإمساك الصبي لأنها إذا لم يكن لها حلمة يتعذر على الصبي الالتقام عند الإرضاع. وقال مالك

أحدهما ربع الدية وفي كل أصبع من أصابع اليد أو الرجل عشر الدية وما فيها ثلاث مفاصل ففي أحدها ثلث الدية ونصفها لو فيها مفصلان وفي كل سن خمس من الإبل

والشافعي: يجب في الحاجبين حكومة عدل بناء على أصلهما لأنهما لا يريان وجوب الدية في الشعر، وعندنا يجب فيهما الدية لتفويت الجمال على الكمال. وأما ما يكون من الأعضاء أربعاً فهو أشفار العينين ففيها الدية إذا قطعها ولم تنبت، وفي أحدهما ربع الدية لأنها يتعلق بها الجمال على الكمال ويتعلق بها دفع الأذى والقذر عن العين وتفويت ذلك ينقص البصر ويورث العمى، فإذا وجب في الكل الدية وهي أربعة وجب في الواحد منها ربع الدية. وفي الأنثيين نصف الدية. وفي الثلاث ثلاث أرباع الدية. وقال محمد: في أشفار العينين الدية كاملة إذا لم تنبت فأراد به الشعر لأن الشعر هو الذي ينبت دون الجفون وأيهما أريد كان مستقيماً لأن في كل واحد من الشعر دية كاملة فلا يختل المعنى. ولو قطع الجفون بأهدابها تجب دية واحدة لأن الأشفار مع الجفون كشيء واحد كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر، وأما ما يكون من الأعضاء أعشاراً كالأصابع ففي القطع اليدين أو الرجلين كل الدية. وفي قطع واحد منها عشر الدية، وفي قطع الجفون التي شعر فيها حكومة عدل. وإذا كان الجاني على الأهداب واحداً وعلى الجفون واحد آخر كان على الذي جنى على الأهداب تمام الدية. وعلى الذي جنى على الجفون حكومة عدل. وفي الظهيرية: ولو حلق نصف اللحية فلم تنبت وحلق ربع الرأس أو نصف الرأس تجب نصف الدية لأنه ما زال الجمال على الكمال لأن الشين إنما يكمل بفوات الكل. وقال بعضهم: يجب كمال الدية لأن نصف الحلق لا يبقى زينة فتفوت الزينة بالكلية بفوات نصف اللحية ففيه كمال الدية كما لو قطع الشارب. وفي لحية العبد حكومة عدل وهو الصحيح لأن المقصود من العبد الخدمة كالجمال لأن لحية العبد جمال من حيث إنه آدمي، نقصان من حيث إنه مال لأنه مما يوجب نقصاناً في المالية فإنه لا يساوي غير الملتحي في الجمال فلم يوجد إزالة الجمال على الكمال. وروي عن الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه تجب كمال الدية لا القيمة لأن الجمال في حقه مقصود أيضاً. وإن نبت مكانها أخرى مثل الأولى فلا شيء فيها كما في السن. فإن كانت الأولى سوداء فنبتت مكانها بيضاء ذكر في النوادر أن عند أبي حنيفة في الحر لا يجب شيء، وفي العبد حكومة عدل لأن البياض في الشعر مما ينقص من قيمة العبد لأن البياض في غير وقته عيب وشين.

قال رحمه الله: **(وفي كل أصبع من أصابع اليد أو الرجل عشر الدية وما فيها ثلاث مفاصل ففي أحدها ثلث الدية ونصفها لو فيها مفصلان)** يعني ما يكون من الأعضاء أعشاراً كالأصابع ففي كل أصبع عشر الدية، ولو قطع أصابع اليدين أو الرجلين فعليه كل الدية لقوله عليه الصلاة والسلام «وفي كل أصبع عشرة من الإبل» وفي قطع الكل تفويت

أو خمسمائة درهم وكل عضو ذهب منفعته ففيه دية كيد شلت وعين ذهب ضوءها وفي

منفعة المشي أو البطش وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها. والأصابع كلها سواء لإطلاق ما روينا. ولأن الكل سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة. أما ما فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الأصبع لأنها ثلثها، وما فيها مفصلان كالإبهام ففي أحدهما نصف دية الأصبع لأنه نصفها وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع وهو المراد بقوله في المختصر «وما فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الأصبع ونصفها لو فيها مفصلان». وإذا قطع الرجل أذن الرجل خطأ فأثبتها المقطوعة أذنه في مكانها فتبثت فعلى القاطع أرش الأذن كاملاً. قال الشيخ أحمد الطواويسي: هذا الجواب غير صحيح لأن الأذن لا يتصور إثباتها بالاحتيال وإنما تثبت باتصال العروق، فإذا ثبتت فالظاهر أنه اتصل العروق وزالت الجناية فيزول موجبها. وفي الكبرى: وإن جذب أذنه فانتزع شحمته فعليه الأرش في ماله دون القصاص لتعذر مراعاة التساوي في القصاص، وعن أبي حنيفة فيمن قطع أذن عبد أو أنفه فعليه ما نقصه. قال رحمه الله: **(وفي كل سن خمس من الإبل أو خمسمائة درهم)** يعني في كل سن نصف عشر الدين وهو خمس من الإبل أو خمسمائة درهم لقوله عليه الصلاة والسلام «وفي كل سن خمس من الإبل» والأسنان والأضراس سواء وهي كلها سواء لإطلاق ما روينا. ولما روي في بعض طرقه والإسنان كلها لأن الكل في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاوت فيه كالأيدي والأصابع. ولئن كان في بعضها زيادة منفعة ففي الآخر زيادة الجمال فاستويا فزادت دية هذا الطرف على دية النفس ثلاثة أخماس الدية لأن الإنسان له اثنان وثلاثون سناً؛ عشرون ضرساً وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك، فإذا وجب في الواحدة نصف عشر الدية يجب في الكل دية وثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم، هذا إذا كان خطأ، وأما إن كان عمداً ففيه القصاص وقد بيناه من قبل قولهم «والأسنان والأضراس سواء». قال في العناية قالوا: فيه نظر والصواب أن يقال: والأسنان كلها سواء ويقال والأنياب والأضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل، ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا، ومثلها أنياب تلي الرباعيات، ومثلها ضواحك تلي الأنياب. واثني عشر سناً تسمى بالطواحين من كل جانب ثلاث فوق. وثلاث أسفل. وبعدها سن وهو آخر الأسنان يسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء لعوده إلى معنى أن يقال الأسنان وبعضها سواء اهـ. أقول: في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في أوله والصواب أن يقال: وفيه إشارة إلى أن ما في الكتاب خطأ وقال في آخره فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع أن تصحيحه على طريق التمام فإن عطف الخاص على العام

فصل في الشجاج

....

طريقة معروفة قد ذكرت مرتبة في علم البلاغة وله أمثلة كثيرة في التنزيل قوله تعالى ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾ [البقرة: ٢٣٨] ومنها قوله تعالى ﴿من كان عدو الله وملائكته ورسله وجبريل وميكال﴾ [البقرة: ٩٨] فجاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه إلى أنه يقال الأضراس وما عداها من الأسنان سواء، فإنه إذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذوف. ثم إن قوله «أو يقال والأنياب والأضراس كلها سواء» مثل ما ذكر في الإيراد على ما في الكتاب فلا معنى لأن يكون ذلك صواباً دون ما في الكتاب، نعم الأظهر في إفادة المراد ههنا أن يقال والأسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث، أو أن يقال في الأضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط.

قال رحمه الله: **(وكل عضو ذهب منفعته ففيه دية كيد شلت وعين ذهب ضوءها)** أي إذا ضرب عضواً فذهب نفعه بضربه ففيه دية كاملة كما إذا ضرب يده فشلت به أو عينه فذهب ضوءها لأن وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة، فإذا زالت منفعته كلها وجب عليه أرش موجبه كله، ولا عبرة للصورة بدون المنفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الأرش إلا إذا تجردت عند الإتلاف بأن أتلف عضواً ذهب منفعته فحينئذ يجب فيه حكومة عدل إن لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء أو أرشه كاملاً إن كان فيه جمال كالأذن الشاخصة فلا يلزم من اعتبار الصورة والجمال عند انفراده عن المنفعة اعتبارهما معاً بل يكون تبعاً لها فيكون المنظر إليه هي المنفعة فقط عند الإجتماع، وكم من شيء يكون تبعاً لغيره عند الإتلاف فلا يكون له أرش. ثم إذا انفرد عند الإتلاف يكون له أرش ألا ترى أن الأعضاء كلها تبع للنفس فلا يكون لها أرش إذا تلف معها، وإذا انفردت بالإتلاف كان لها أرش. ومن ضرب صلب رجل فانقطع ماؤه تجب الدية لأن فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال لأن جمال الآدمي في كونه منتصب القامة، وقيل هو المراد بقوله تعالى ﴿لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم﴾ [التين: ٤] ولو زالت الحدوبة فلا شيء عليه لزوالها لا عن أثر، ولو بقي أثر الضربة ففيه حكومة عدل لبقاء الشين ببقاء أثرها والله أعلم.

فصل في الشجاج:

الشجاج عشرة: الخارصة وهي التي تخرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم مأخوذة من خرص القصار الثوب إذا شقه في الدق. والدامعة بالعين المهملة مأخوذة من الدمع

....

سميت بها لأن الدم يخرج منها بقدر الدمع من القلة، وقيل لأن عينيه تدمع بسبب ألم يحصل له منها. وفي المحيط: الدامعة هي التي يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذة من دمع العين، والدامية وهي التي يسيل منها الدم. وذكر المرغيناني أن الدامية هي التي تدمي من غير أن يسيل منها دم هو الصحيح يروى عن أبي عبيد، والدامعة وهي التي يسيل منها الدم كدمع العين. ومن قال أن صاحبها تدمع عيناه من الألم فقد أبعد والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه مأخوذة من البضع وهو الشق والقطع ومنه مبضع الفصاد. أقول: في تفسير الباضعة بما ذكره الشارح فتور وإن تابعه صاحب الكافي وكثير من المتأخرين فيه لأن قطع الجلد متحقق في الصورة الأولى منها لا سيما في الدامعة والدامية إذا الظاهر أن شيئاً من إظهار الدم وأصالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل الأنواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملاً للكل غير مختص بالباضعة، فالظاهر في تفسير الباضعة هو ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط: ثم الباضعة وهي تبضع اللحم أي تقطعه. وقال في البدائع: والباضعة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه ا هـ. ويعضد ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة قال في المغرب: وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم ا هـ. وقال في الصحاح: الباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمي إلا أنها لا تسيل الدم. وقال في القاموس: والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقاً خفيفاً وتدمي إلا أنها لا تسيل الدم ا هـ. لا يقال فعلى هذا يلزم تشبيه الباضعة بالمتلاحمة فإنهم قالوا والمتلاحمة هي التي تأخذ في اللحم وهذا في المآل غير ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لأنا نقول: من فسر الباضعة بما قلنا من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيداً، وعن هذا قال في المحيط: ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه. قال شيخ الإسلام: ولا تنزع شيئاً من اللحم. ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئاً من اللحم؛ إلى هنا لفظ المحيط. وقال في البدائع: والباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه، والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه. وقال في المغرب: والمتلاحمة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها أي تتلاءم ا هـ. وقال في الصحاح: والمتلاحمة الشجة التي أخذت في اللحم دون العظم ثم تتلاحم ولم تبلغ السمحاق ا هـ. وقال في القاموس: وشجة متلاحمة أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم كله ثم تتلاحم بعد ذلك أي تلتئم وتتلاصق سميت بذلك تفاؤلاً على ما يؤول إليه. وروي عن محمد أن المتلاحمة قبل الباضعة لأن المتلاحمة من قولهم التحم الشيئان إذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاحمة هي التي تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لأنها تقطعه. وفي ظاهر الرواية والمتلاحمة تعمل في قطع أكثر اللحم وهي بعد الباضعة. وقال الأزهري: الأوجه أن يقال

....

المتلاحمة أي القاطعة للحم والاختلاف الذي وجد في الشجاج راجع إلى مأخذ الاشتقاق لا إلى الحكم. والسمحاق وهي التي تصل إلى السمحاق وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الرأس، والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه، والهاشمة وهي التي تهشم العظم، والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله، والآمة وهي التي تصل إلى أم الدماغ، وأم الدماغ هي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ، وبعد الآمة شجة تسمى الدامغة بالغبن المعجمة وهي التي تصل إلى الدماغ لم يذكرها محمد لأن النفس لا تبقى بعدها عادة فتكون قتلاً، ولا تكون من الشجاج والكلام في الشجاج ولذا لم يذكر الخارصة والدامغة لأنها لا يبقى لها في الغالب أثر. وهذه الشجاج تختص بالرأس والوجه وما كان في غيرهما يسمى جراحة فهذا هو الحقيقة والحكم يترتب على الحقيقة فلا يجب بالجراحة ما يجب بالشجة من المقدار لأن التقدير بالنقل وهو إنما ورد في الشجاع وهي تختص بالرأس والوجه فخص الحكم المقدم بها، ولا يجوز إلحاق الجراحة بها دلالة ولا قياساً لأنها ليست في معناها في الشين لأن الوجه والرأس يظهران في الغالب وغيرهما مستور غالباً لا يظهر. واختلفوا في اللحيين فعندهما في الوجه فيتحقق الشجاج فيهما فيجب فيها موجبها خلافاً لما يقول مالك رحمه الله فإنه يقول إنهما ليسا من الوجه لأن المواجهة لا تقع بهما، ونحن نقول هما متصلان بالوجه من غير فاصل ويتحقق معنى المواجهة فصار كالذقن لأنهما تحتها. وقال شيخ الإسلام: ويجب أن يفرض غسلهما في الوضوء لأنهما من الوجه حقيقة إلا أنا تركناهما للإجماع ولا إجماع هنا فبقينا العيرة للحقيقة.

وفي المبسوط: الشجاج في الرأس والوجه أحد عشر أولها الخارصة وهي تشق الجلد مأخوذة من قولهم خرص القصار الثوب إذا شقه من الدق، ثم الدامعة وهي التي يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذة من دمع العين. ولم يذكرها محمد لأنها لم يبق لها أثر في الغالب، ثم الدامية وهي التي يخرج منها الدم، ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم، ثم المتلاحمة، وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة خلافاً لأبي يوسف، وتفسيرها عند أبي يوسف التي تقشر الجلد وتجمع اللحم في موضع الجراحة ولا تقطعه مأخوذة من التحام؛ يقال التحم الجيشان إذا اجتمعا. ثم السمحاق وهي التي تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم تسمى السمحاق، ثم الموضحة وهي التي توضح العظم واللحم، ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم، ثم المنقلة التي يخرج منها العظم لأنها تكسر العظم وتنقله عن موضعه، ثم الآمة التي تصل إلى أم الرأس وهي الجلدة التي فوق الدماغ، ثم الدامغة التي تخرق الجلد وتصل إلى الدماغ ولم يذكرها محمد لأن الإنسان لا يعيش معها. وأما أحكامها فإن كانت هذه الشجاج عمداً ففي الموضحة القصاص لأن السكين ينتهي إلى العظم ولا يخاف منه الهلاك غالباً فيجب القصاص لقوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٥] وذكر الكرخي عنه أنه ليس في شيء من

الموضحة نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشرها وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الآمة والجائفة ثلثها فإن نفذ من الجائفة فثلثاها وفي الخارصة والدامعة والدامية

الشجاج إلا في القصاص والموضحة. وليس لهذا الشجاج أروش مقدرة وموجب هذه الشجاج لا يتحمله العاقلة، فإن كانت هذه الشجاج خطأ ففيما قبل الموضحة حكومة عدل لأنه ليس لها أرش مقدر وفي الموضحة خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر من الإبل، وفي المنقلة خمسة عشرة، وفي الآمة ثلث الدية؛ هكذا روي عن النبي ﷺ أنه كتب إلى حزم حين بعثه إلى اليمين وذكر فيه أن في النفس مائة من الإبل، وفي الأنف الدية، وفي الشفتين الدية، وفي اللسان الدية، وفي العنين الدية، وفي الصلب الدية، وفي الذكر الدية، وفي الأنثيين الدية، وفي الرجل نصف الدية، وفي الآمة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل، وفي الموضحة خمس من الإبل؛ هكذا رواه علي بن أبي طالب رضي الله عنه. وفي النوادر: رجل أصلع ذهب شعره شجه إنسان موضحة عمداً قال محمد: لا يقتص وعليه الأرش لأنه أقل من موضحة لأن المساواة معتبرة في تناول الأطراف ولا مساواة لأن الموضحة في أحدهما مؤثرة في الجلد واللحم فتعذر مراعاة المساواة وصار كصحيح اليد إذا قطع يد الأشل لا يقطع فكذا هذا، وإن قال الشاج رضيت أن يقتص مني ليس له ذلك لأن الجناية إذا لم توجب القصاص لا يوجب الاستيفاء بالرضا، وإن كان الشاج أيضاً أصلع عليه القصاص لأن اعتبار المساواة ممكن فصار كالأشل إذا قطع يد الأشل، وإن لم يبق للجراحة أثر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا شيء عليه، وعند محمد يلزمه قدر ما أنفق عليه إلى أن يبرأ لأنه بجنايته اضطر إلى الإنفاق على الجراحة خوفاً من السراية فكان الزوال مضافاً إلى جنايته. لهما أنه كان مختاراً في الإنفاق ولم يكن مضطراً فيه لأن لحوق السراية لا يثبت الاضطرار لأن السراية موهومة فلا يثبت الاضطرار بالوهم والارتياب فلم يصر مفوتاً لشيء من المال ولا من المنفعة والجمال فلا يضمن كما لو لطمه فآلمه. قال رحمه الله: **(وفي الموضحة نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشرها وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الآمة والجائفة ثلثها فإن نفذ من الجائفة فثلثاها)** لما روي وقد قدمناه، ولأنها إذا نفذت صارت جائفتين فيجب في كل واحدة منهما الثلث وهو يكون في الرأس والبطن. وقوله «جائفة» قال في الإيضاح: الجائفة ما يصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنب وما وصل من الرقبة إلى الموضع الذي وصل إليه الشراب وما فوق ذلك فليس بجائفة. قال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك: فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقاً، وكذا في العناية نقلاً عن النهاية، أقول: نعم على ما ذكر في الإيضاح يكون الأمر كذلك إلا أن غيره تداركه قال فيما بعد وقالوا: الجائفة تختص بالجوف وجوف الرأس أو جوف البطن يعني أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضاً كانت من الشجاع فيما إذا وقعت في الرأس فتدخل في

والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل ولا قصاص في غير الموضحة وفي أصابع

مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج فيما وقع اتفاقاً بخلاف سائر الشجاج فإنه حيث لا يكون إلا في الرأس والوجه، وقيل لا تتحقق الجائفة فيما فوق الحلق.

قال رحمه الله: **(وفي الخارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل)** لأن هذه ليس فيها أرش مقدر من جهة الشرع ولا يمكن إهدارها فيجب فيها حكومة عدل، وهو مأثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز. واختلفوا في تفسير هذه الحكومة قال الطحاوي: تفسيرها أن يقوم مملوكاً بدون هذا الأثر ثم يقوم وبه هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما، فإن كان ثلث عشر القيمة مثلاً يجب ثلث عشر الدية، وإن كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية. وقال الكرخي: ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه، وكان الكرخي رحمه الله يقول: ما ذكره الطحاوي ليس بصحيح لأنه اعتبر ذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة أكثر من نصف الدية فيؤدي إلى أن يوجب في هذه الشجاج وهو دون الموضحة أكثر مما أوجبه الشرع في الموضحة وأنه محال بل الصحيح الاعتبار بالمقدار. وقال الصدر الشهيد: ينظر المفتي في هذا إن أمكنه الفتوى بالثاني بأن كانت الجناية في الرأس والوجه يفتي بالثاني وإن لم يتيسر عليه ذلك يفتي بالقول الأول لأنه الأيسر قال؛ وكان المرغيناني يفتي به. وقال في المحيط: والأصح أنه ينظر كم مقدار هذه الشجة من أقل شجة لها أرش مقدر، فإن كان مقداره مثل نصف شجة لها أرش أو ثلثها وجب نصف أو ثلث أرش تلك الشجة، وأن ربعاً فربع، ذكره بعد ذكر القولين فكأنه جعله قولاً ثالثاً والأشبه أن يكون هذا تفسيراً لقول الكرخي. وقال شيخ الإسلام: وقول الكرخي أصح لأن علياً اعتبره بهذا الطريق فيمن قطع طرف لسانه على ما بيناه. قال رحمه الله: **(ولا قصاص في غير الموضحة)** لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لأن ما دون الموضحة ليس له حد ينتهي إليه السكين وما فوقها كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله عليه الصلاة والسلام «لا قصاص في العظم» وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله. وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة؛ ذكره محمد رحمه الله في الأصل وهو الأصح لأنه ممكن فيه اعتبار المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف فيستر قدرها اعتباراً ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك، وفي الموضحة القصاص إن كانت عمداً لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص في الموضحة لأن المساواة فيها ممكنة بانتهاء السكين إلى العظم فيتحقق استيفاء القصاص. قال رحمه الله: **(وفي أصابع اليد نصف الدية)** أي أصابع اليد الواحدة لأن في كل أصبع عشرة من الإبل لما روينا فيكون في الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف، ولأن بقطع الأصابع تفوت منفعة البطش وهو الموجب على ما

اليد نصف الدية ولو مع الكف ومع نصف الساعد نصف الدية وحكومة وفي قطع

مر. أقول: القائل أن يقول لمن ذكر فيما مر أن في كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية كان ذكر هذه المسألة هنا مستدركاً إذ لا شك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية وعلم قطعاً مما مر أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية ولو لم يكن الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمثله بل كان لا بد فيه من التصريح بها للزم أن يذكر أيضاً أن في الأصبعين عشري الدية، وفي ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية، وفي أربعة أصابع أربعة أعشار الدية إلى غير ذلك من المسائل المتروك ذكرها صراحة في الكتاب. ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسألة هنا ليس ببيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسألة المعاقبة إياها وهي قوله فإن قطعها مع الكف ففيه أيضاً نصف الدية، فالمقصود في البيان هنا أن قطع الأصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام: وفي أصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية. قال رحمه الله: **(ولو مع الكف)** هذا متصل بما قبله أي في أصابع اليد نصف الدية وإن قطعها مع الكف ولا يزيد الأرش بسبب الكف لأن الكف سبب للأصابع في حق البطش فإن قوة البطش بها وقال عليه الصلاة والسلام «في اليدين الدية، وفي أحدهما نصف الدية» واليد اسم لجارحة يقع بها البطش لأن اسم اليد يدل على القدرة والقوة والبطش يقع بالأصابع والكف فيجب فيها دية واحدة لأن منفعتها جنس واحد فيكون الكف تبعاً للأصابع. قال رحمه الله: **(ومع نصف الساعد نصف الدية وحكومة)** عدل نصف الدية في الكف والأصابع والحكومة في نصف الساعد وهو قول أبي حنيفة ومحمد وهو رواية عن أبي يوسف، وعنه ما زاد على الأصابع من اليدين والرجلين من أصل الساعد والفخذ هو تبع فلا يزيد على الدية لأن الشارع أوجب في الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب والرجل إلى الفخذ فلا يزيد على تقدير الشارع، ولأن الساعد ليس له أرش مقدر فيه كالكف. ووجه الظاهر أن اليد اسم لآلة باطشة ووجوب الأرش باعتبار منفعة البطش، وكذا في الأرش ولا يقع البطش بالساعد أصلاً ولا تبعاً فلا يدخل في أرشه. وقال بعض الشراح: ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع. أقول: لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والأصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل، ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها أن يكون الباطش هو الأصابع لا غير فبين كلاميه في الموضعين نوع تدافع، وكان صاحب الكافي تفطن له حيث غير تحريره ههنا فقال: لهما أن أرش اليد إنما يجب باعتبار أنه آلة باطشة والأصل في البطش الأصابع والكف تبع لها أما الساعد فلا يتبعها لأنه غير متصل بها فلم يجعل تبعاً لها في حق التضمين ا هـ. ثم أقول: يمكن التوفيق بين كلاميه أيضاً بنوع عناية وهو أن يقدر المضاف في قوله فيما قبل لأن

البطش بها فلا ينافي أن يكون بالكف أيضاً بطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع، ولأنه لو جعل تبعاً لا يخلو إما أن يجعل تبعاً للأصابع أو الكف ولا وجه إلى الأول لوقوع الفصل بينهما بالكف ولا إلى الثاني لأن الكف تبع للأصابع ولا تبع للتبع ولا نسلم اليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب بل هي اسم إلى الزند إذا ذكرت في موضع القطع بدليل آية السرقة.

قال رحمه الله: **(وفي قطع الكف وفيها أصبع أو اصبعان عشرها أو خمسها ولا شيء في الكف)** أي إذا كان في الكف أصبع أو أصبعان فقطعهما يجب عشر الدية في الأصبع الواحدة وخمسها في أصبعين ولا يجب في الكف شيء وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: ينظر إلى أرش الكف وإلى أرش ما فيها من الأصابع فيجب أكثرها ويدخل القليل في الكثير لأن الجمع بين الأرشين متعذر إجماعاً لأن الكل شيء واحد لأن ضمان الأصابع هو ضمان الكف وضمان الكف فيه ضمان الأصبع، وكذا إهدار أحدهما متعذر أيضاً لأن كل واحد منهما أصل من وجه، أما الكف فلأن الأصابع قائمة به، وأما الأصابع فلأنها هي الأصل في منفعة البطش، فإذا كان واحد منهما أصلاً من وجه رجحنا بالكثرة كما قلنا فيمن شج رأس إنسان وتناثر بعض شعر رأسه يدخل القليل في الكثير. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأصابع أصل حقيقة لأن منفعة اليد وهي البطش والقبض والبسط قائمة بها وكذا حكماً لأنه عليه الصلاة والسلام جعل اليد بمقابلة الأصابع حيث أوجب في اليد نصف الدية، ثم جعل في كل أصبع عشراً من الإبل ومن ضرورته أن تكون كلها بمقابلة الأصابع دون الكف والأصل أولى بالاعتبار وإن قل ولا يظهر التابع بمقابلة الأصل فلا يعارض حتى يصار إلى الترجيح بالكثرة، ولئن تعارضا فالترجيح بالأصل حقيقة وحكماً أولى من الترجيح بالكثرة ألا ترى أن الصغار إذا اختلطت مع الكبار تجب فيها الزكاة تبعاً وإن كان الصغار أكثر ترجيحاً للأصل بخلاف ما استشهد به من الشجة لأن أحدهما ليس بتبع للآخر وروى الحسن عنه أن الباقي إذا كان دون الأصبع يعتبر أكثرهما إرشاداً لأن أرش ما دون الأصبع غير منصوص عليه وإنما يثبت باعتباره بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد وكونه أصلاً باعتبار النص، فإذا لم يرد النص بأرش مفصل ولا مفصلين: اعتبرنا فيه الكثرة والأول أصح لأن أرشه ثبت بالإجماع وهو كالنص، ولو لم يبق في الكف أصبع غير منصوص عليه يجب عليه حكومة عدل لا يبلغ بها أرش الأصابع، ولا يجب فيه الأرش بالإجماع لأن الأصابع أصل على ما بينا وللأكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذا كانت كلها قائمة. قوله «وفي قطع الكف الخ» لا يخفى أنه مكرر مع قوله «وفي كل اصبع عشر الدية» وقوله «ولا شيء في الكف الخ» لا يخفى أنه مكرر مع قوله «ولو مع الكف» لأنه إذا علم أن الكف لا شيء فيه مع كل الأصابع علم بالأولى مع بعضها. قال رحمه الله: **(وفي الأصبع الزائدة وعين الصبي وذكره ولسانه إن لم يعرف صحته**

الزائدة وعين الصبي وذكره ولسانه إن لم يعرف صحته بنظر وحركة وكلام حكومة ومن شج رجلاً موضحة فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية وإن ذهب

بنظر وحركة وكلام حكومة) عدل. أما الأصبع الزائدة فلأنها جزء الآدمي فيجب الأرش فيها تشريفاً له وإن لم يكن فيها نفع ولا زينة كما في السن الزائدة، ولا يجب فيها القصاص، وإن كان المقطوع أصبعاً زائدة ولأن المساواة شرط لوجوب القصاص في الطرف ولم يعلم تساويهما إلا بالظن فصار كالعبد يقطع طرف العبد، فإن تعذر القصاص للشبهة وجب أرشها وليس لها أرش مقدر في الشرع فيجب فيها حكومة عدل بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شيء لأن اللحية لا يبقى فيها أثر الحلق فلا يلحقه الشين بل ببقاء الشعرات يلحقه ذلك فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير إذنه، وفي قطع الأصبع الزائدة يبقى أثر ويشينه ذلك فيجب الأرش. وأما عين الصبي وذكره ولسانه فلأن المقصود من هذه الأشياء المنفعة فإذا لم يعلم صحتها لا يجب أرشها كاملاً بالشك بخلاف المارن والأذن الشاخصة لأن المقصود منها الجمال وقد فوته. وتعرف الصحة باللسان في الكلام، وفي الذكر بالحركة، وفي العين بما يستدل به على الرؤية وهو المراد بقوله «إن لم تعرف صحته بنظر وحركة كلام» فيكون بعد معرفة صحة ذلك حكمه حكم البالغ في الخطأ والعمد إذا ثبت ذلك بالبينة أو بإقرار الجاني، فإن أنكر ولم يقم به بينة فالقول قول الجاني، وكذا إذا قال لا أعرف صحته لا يجب عليه الأرش كاملاً إلا بالبينة، وقال الشافعي: تجب الدية كاملة كيفما كان لأن الغالب فيه الصحة فأشبه الأذن والمارن. قلنا: الظاهر لا يصلح للاستحقاق وإنما يصلح للدفع وحاجتنا الاستحقاق وقد ذكرنا الفرق بين هذه الأشياء وبين الأذن والأنف.

قال رحمه الله: **(ومن شج رجلاً موضحة فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية)** فصار كما إذا أوضحه فمات لأن تفويت العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء. قيد بالموضحة لأنه لو قطع يده فذهب عقله لا يدخل كما سيأتي. أقول: فيه نظر إذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول أرش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من أنه روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب فيها العقل والكلام والسمع والبصر فإنهم صرحوا بأنه لو مات من الشجة لم يكن فيه إلا دية واحدة فيتأمل. وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو لم ينبت تجب الدية بفوات كل الشعر. قال صاحب النهاية: أي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء، فثبت بهذا أن وجوب أرش الموضحة بشبب فوات الشعر ا هـ. وقال صاحب العناية: قوله «وأرش الموضحة تجب بفوات جزء من الشعر» لبيان الجزئية. قوله «حتى لو نبت يعني الشعر يسقط» يعني أرش الموضحة لبيان أن الأرش يجب بالفوات؛ كذا في النهاية، وليس بمفتقر إليه لكونه معلوماً ا هـ. أقول: إن قوله «وليس بمفتقر إليه لكونه

. . . .

معلوماً» ليس بشيء إذ لا ريب أن كون وجوب أرش الموضحة بفوات جزء من الشعر لا بمجرد تفريق الاتصال والإيلام الشديد أمر خفي جداً غير معلوم بدون البيان والإعلام إذا كان الظاهر المتبادر مما ذكره في فصل الشجاج إذ لا يشترط في وجوب أرش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بأن لا ينبت من بعد أصلاً فإنهم قال الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم أي تبينه، ثم بينوا حكمها بأنه القصاص إن كانت عمداً ونصف عشر الدية إن كانت خطأ، ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكورة يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضاً فكان اشتراط أن لا ينبت الشعر بعد البرء أصلاً في وجوب أرشها أمراً خفياً محتاجاً إلى البيان بل إلى البرهان ولهذا قالوا: وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط. وقال في الكافي: وأرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء. وقال في المبسوط: وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل أنه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء إلى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الجملة فصار كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده كلها، فحاصله أن الجناية متى وقعت على عضو وأتلفت شيئين وأرش أحدهما أكثر دخل الأقل فيه، ولا فرق في هذا بين أن تكون الجناية عمداً أو خطأ، فإن وقعت على عضوين لا يدخل ويجب لكل واحد منهما أرشه سواء كان عمداً أو خطأ عند أبي حنيفة لسقوط القصاص به عنده، وعندهما يجب للأول القصاص إن كان عمداً وأمكن الاستيفاء وإلا فكما قال أبو حنيفة. وقال زفر: لا يدخل أرش الأعضاء بعضها في بعض لأن كلاً منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما بيناه. وفي المبسوط: أصله أن الجنايات متى وقعت على عضو واحد أتلفت شيئين وأرش أحدهما أكثر فإنه يدخل فيه الأقل في الأكثر أصله في الموضحة متى كانت في الرأس لا بد أن يتناثر الشعر مقدار الموضحة وتناثر الشعر مقدار الموضحة يوجب الأرش والنبي ﷺ أوجب في الموضحة خمساً من الإبل ولم يوجب في تناثر الشعر شيئاً، فعلم أن أرش ما تناثر من الشعر وهو أقل من أرش الموضحة دخل في أرش الموضحة، وكذلك إن كانت الجناية على عضو واحد وأتلفت شيئين أحدهما يوجب القصاص والآخر يوجب المال فإنه يجب المال. وأصله الخاطئ مع العامد متى اشتركا في قتل واحد يجب المال، وإن وقعت الجناية على عضوين أحدهما يوجب القود والآخر يوجب المال إن كان خطأ لا يدخل أرش الأقل في الأكثر لأنه لم يكن في معنى ما ورد به النص على قضية القياس، وإن كان عمداً يجب المال عند أبي حنيفة، وعندهما القصاص لما يأتي. ولو شجه موضحة فذهب شعر رأسه فلم ينبت غرم الدية ويدخل فيها أرش الموضحة لأن الجناية وقعت على عضو واحد لأن الجناية وقعت على الرأس والشعر بالرأس، الحاجب. ولو ذهب بعض الشعر دخل الأقل في الأكثر، وكذلك لو كانت الموضحة في الحاجب وقد ذهب شعر

....

الحاجب. ولو ذهب سمعه وبصره فلو يخلو إن كانت الشجة خطأ أو عمداً، فإن كانت خطأ لا يدخل أرش الموضحة في دية السمع والبصر بل يجب كلاهما، وروي عن أبي يوسف في النوادر أنه قال: يدخل أرش الشجة في دية السمع ولا يدخل في دية البصر لأن محل السمع الأذنان والأذنان من الرأس حكماً لقوله عليه الصلاة والسلام «الأذنان من الرأس» فصارت الجناية واقعة على عضو واحد وأتلفت شيئين فيدخل الأقل في الأكثر. وجه ظاهر الرواية أن الجناية وقعت على عضوين لأن الأذنين ليستا من الرأس حقيقة وحكماً ولكنهما جعلا من الرأس في حق حكم كل الأحكام حتى لو اقتصر على المسح على الأذنين لم يجز عن مسح الرأس فيتيقن أن الأذنين مع الرأس عضوان مختلفان متباينان في حق الجناية فلا يدخل أرش أحدهما في الآخر، وإن ذهب عقله بالشجة يدخل أرش الموضحة في دية العقل خلافاً لزفر والشافعي والحسن لأن الجناية وقعت على عضوين مختلفين فإن محل الشجة الرأس ومحل العقل الصدر فكان كالسمع والبصر. والصحيح قولنا لأن الجناية وقعت على عضو واحد معنى لأن العقل وإن كان نوراً أو جوهراً مضيئاً في الصدر يبصر به الإنسان عواقب الأمور وحسن الأشياء وقبحها إلا أن الدماغ كالفتيلة لهذا النور يقوى ويضعف بقوة الدماغ وضعفه ويزول ويذهب بفساد الدماغ، فإن كان العقل بهذا الاعتبار لتعلقه بالدماغ بقاء وذهاباً فكانت الجناية واقعة على عضو واحد وقد أتلفت شيئين فيدخل الأقل في الأكثر، وأما البصر فإنه ينظر إليه أهل العلم فإن قالوا بذهابه وجبت الدية، وإن قالوا لا ندري تعتبر الدعوى والإنكار والقول قول الضارب لأنه منكر. وأما الشم فيختبر بالرائحة الكريهة المنتنة، فإن ظهر فيه تغير علم أنه كاذب. هذا كله إذا كان خطأ، فإن كانت الشجة موضحة عمداً فذهب سمعه وبصره أو قطع أصبعاً فتلفت الأخرى بجنبها أو قطع اليمنى فشلت اليسرى تجب دية السمع والبصر ويجب أرش الأصبعين واليدين في ماله، ولا يقتص عند أبي حنيفة، وعندهما يقتص في الشجة والقطع ويغرم دية أخرى في ماله. ولو شجه موضحة فصارت منقلة أو كسر بعض سنة فاسود ما بقي أو قطع مفصلاً فشل ما بقي ضمن الأرش عندهما، ولا يقتص لهما أنهما لاقتا محلين متباينين فإن الفعل لا يعرف إلا بالأثر فيتقدر بتقدر الأثر ألا ترى أن من رمى إلى أنسان فأصابه ونفذ منه فأصاب آخر فإنه يجب القصاص للأول والدية للثاني، وكذا إذا قطع أصبعاً فاضطرب السكين فأصاب أصبعاً أخرى خطأ يقتص في الأولى ويجب الأرش في الثانية. وإذا صارت الجناية بمنزلة الجنايتين ثم تعذرت الشبهة في أحدهما إلى الأخرى له أن السراية لا تنفصل إلى الجناية لأن أثر الجناية لا ينفصل عنها فيكون الفعل معداً له أثران في محلين في شخص واحد ويتصور سراية الجناية إلى جميع البدن فيتصور سرايتها، فإذا لم يكن آخر الفعل موجباً للقصاص لا يكون أوله موجباً بخلاف المستشهد بهما لأن أحدهما ليس من سراية الأخرى لأنه لا يتصور سراية الفعل من شخص إلى شخص فاختلف الفعل باختلاف المحلين

سمعه أو بصره أو كلامه لا ولو شجه موضحة فذهبت عيناه أو قطع أصبعاً فشلت

في شخصين. ولو قطع أصبعاً فسقطت أخرى إلى جنبها لم يجب القصاص فيهما عند أبي حنيفة لما بينا، وعند أبي يوسف يجب في الأولى دون الثانية، وعند محمد وجب القصاص فيهما رواه ابن سماعة لأن سراية الفعل تنسب إلى الفاعل ويجب الفعل مباشراً للسراية فصار كما لو باشر اسقاطهما وكما لو سرى إلى النفس.

قال رحمه الله: **(وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لا)** أي لو شجه موضحة فذهب أحد هذه الأشياء بها لا يدخل أرش الموضحة في أرش أحد هذه الأشياء، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد سواء كانت عمداً أو خطأ. وقال أبو يوسف رحمه الله: يدخل أرش الموضحة في دية السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر لأنه ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه أرش الموضحة، وأما السمع والكلام فباطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما أرش الموضحة كما يدخل في أرش العقل وقد قدمناه بفروعه. ولهما أن كل واحد من هذه المنافع أصل بنفسها فيتعدد حكم الجناية بتعددها ولا يدخل بعضها في بعض لأن العبرة لتعدد أثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف العقل لأن منفعته تعود إلى كل الأعضاء إذ لا ينتفع بالأعضاء بدونه فصار كالنفس. قال في معراج الدراية قال الهندواني: كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه وهو أنه لو قطع يده فذهب عقله أن عليه دية العقل وأرش اليد بلا خلاف من أحد، ولو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كما لو مات. والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل اهـ. أقول: كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسألة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحاً من الفرق بتلك المسألة عضواً مغايراً لعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم يعتبر العقل في مسألة الشجة أيضاً عضواً مغايراً لمحل الشجة حتى تكون هذه المسألة أيضاً بذلك الاعتبار من قبيل ما لو وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الأرش في الدية كما في السمع والبصر. وبالجملة ما عده الهندواني صحيحاً من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض منه أيضاً فتأمل أو نقول: ذهاب العقل في معنى تبديل النفس وإلحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت ولا كذلك سائر الأعضاء أو نقول: إن العقل ليس له موضع يشار إليه فصار كالروح للجسد. وقال الحسن: أرش الموضحة بخلاف الموضحة مع الشعر والحجة على ما بينا. قال بعض الشراح، ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن. قال صاحب العناية: قيل يريد به الكلام النفسي بحيث لا ترتسم فيه المعاني ولا يقدر على نظم التكلم، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب السمع العقل عسراً جداً، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات ففي جعله مبطناً نظر اهـ. أقول: يمكن أن يقال المراد به هو الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطنين كون محلهما مستوراً غائباً عن

أخرى أو قطع المفصل إلا على فشل ما بقي أو كل اليد أو كسر نصف سنة فاسود ما بقي فلا قود وإن قلع سنة فنبت مكانها أخرى سقط الأرش وإن أقيد فنبتت سن الأول

الحس بخلاف البصر فإن محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى. قال رحمه الله: **(ولو شجه موضحة فذهبت عيناه أو قطع أصبعاً فشلت أخرى أو قطع المفصل إلا على فشل ما بقي أو كل اليد أو كسر نصف سنة فاسود ما بقي فلا قود)** وهذا كله قول أبي حنيفة مطلقاً. وقالا: يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين فيما إذا شجه موضحة فذهبت عيناه، وكذا إذا قطع أصبعاً فشلت أخرى بجنبها يقتص للأولى ويجب الأرش للأخرى، وعنده لما لم يجب القصاص في العضوين يجب أرش كل واحد منهما كاملاً وإن كان عضواً واحداً كقطع الأصبع من المفصل الأعلى فشل ما بقي منها يكتفي بأرش واحد إن لم ينتقع بما بقي، وإن كان ينتقع به يجب دية المقطوع وتجب حكومة عدل في الباقي بالإجماع، وكذا إذا كسر نصف السن واسود ما بقي أو اصفر أو احمر يجب السن كله بالإجماع. ولو قال اقطع المفصل الأعلى واترك ما بقي أو قال اكسر القدر المكسور من السن واترك الباقي لم يكن له ذلك لأن الفعل في نفسه لم يقع موجباً للقود فصار كما إذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة وأترك الباقي ليس له ذلك. والأصل عنده أن الفعل الواحد إذا أوجب مالاً في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين أو عضواً واحداً لا يجب لهما. وفي الخلاصة: إن الفعل في محلين مختلفين فيكون جنايتين لأن الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كجنايتين مبتدأتين فالشبهة في أحدهما لا يتعدى إلى الآخر. ولأبي حنيفة أن الجزاء بالمثل والجرح الأول سار وليس وسعه الساري فيسقط القصاص ويجب المال، والدليل على أنه سار إن فعله أثر في نفس واحدة والسراية عبارة عن إيلام يتعاقب عن الجناية على البدن ويتحقق ذلك في موضعين منهما كما يتحقق في الأطراف مع النفس بأن مات من الجناية بخلاف نفسين فإن الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الأولى أو نقول: إن ذهاب البصر ونحوه جعل بطريق التسبب فإن الفعل باقٍ على اسمه لم يتغير، والأصل في سراية الأفعال أن لا يبقى الأول بعد حدوث السراية كالقطع إذا سرى إلى النفس صار قتلاً فلم يبق قطعاً، وههنا الشجة أو القطع لم ينعدم بذهاب البصر ونحوه فكان الفعل الأول تسبباً إلى فوات البصر ونحوه بمنزلة حفر البئر والتسبب لا يوجب القصاص. وعن محمد رحمه الله في المسألة الأولى وهي ما إذا اشجه موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص منهما رواية ابن سماعة عنه، ووجهه أن سراية الفعل انتسب إلى فاعله شرعاً حتى يجعل الفاعل مباشراً للسراية فيؤخذ به كما لو سرى إلى النفس فإنه يجب ويعتبر قتلاً بطريق المباشرة بخلاف ما لو قطع أصبعاً فشلت بجنبها أخرى أو شجه موضحة فذهب عقله أو كلامه لا يجب القصاص في السمع والكلام والشلل لعدم الإمكان، وفي البصر يجب لإمكان الاستيفاء ألا ترى أنه لو أذهبه وحده بفعل مقصود منه

تجب الدية وإن شج رجلاً فالتحم ولم يبق له أثر أو ضرب فجرح فبرأ وذهب أثره فلا

يجب القصاص في البصر دون الشلل والسمع والكلام فافترقا. ولو كسر بعض السن فسقطت ففيها القصاص على رواية ابن سماعة، وعلى الرواية المشهورة لا قصاص فيها، ولو شجه فأوضحه ثم شجه أخرى فأوضحه فتكاملتا حتى صارتا شيئاً واحداً فلا قصاص فيهما كما في المشهور على رواية ابن سماعة عن محمد يجب القصاص والوجه فيهما ما بيناه. قال رحمه الله: **(وإن قلع سنة فنبت مكانها أخرى سقط الأرش)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: عليه الأرش كاملاً لأن الجناية وقعت موجبة له والتي نبتت نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو أتلف مال إنسان فحصل للمتلف عليه مال آخر ولهذا يستأني حولاً بالإجماع أي يؤجل سنة بالإجماع. وذكر في التتمة أن سن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الأرش لأنه لا يدري عاقبته اهـ. قال صاحب العناية بعد نقل ذلك اجمالاً: وذلك ليس بظاهر وإنما الظاهر ما قالوه لأن الحول يشتمل على الفصول الأربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الإنسان فكل فصل منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في إنباته قال: ولكن قوله بالإجماع فيه نظر لأنه قال في الذخيرة: وبعض مشايخنا قال الاستيناء حولاً من فصل القلع في البالغ والصغير جميعاً لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها يستأني حولاً وهو كما ترى ينافي الإجماع.

قال رحمه الله: **(وإن أقيد فنبتت سن الأول تجب الدية)** معناه إذا قلع سن رجل فأقيد أي اقتص من القالع ثم نبت سن الأول المقتص له يجب على المقتص له أرش سن المقتص منه لأنه تبين أنه استوفى بغير حق لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأني حولاً. وينبغي أن ينظر الناس في ذلك القصاص خوفاً من مثله إلا أن في اعتبار ذلك تصييع الحقوق فاكتفينا بالحول لأنه ينبت فيه ظاهراً على تقدير عدم الفساد، فإذا مضى الحول ولم تنبت فيه قضينا بالقصاص، ثم إذا تبين أنا أخطأنا فيه كان الاستيفاء بغير حق إلا أن القصاص سقط للشبهة فيجب المال. ولو ضرب سن إنسان فتحركت يستأني حولاً ليظهر فعله، فإن سقطت سنة واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب لتيقن التأجيل بخلاف ما لو شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة والتحريك يورث السقوط. ولو اختلفا بعد القول كان القول للضارب لأنه منكر وقصد مضى الأجل الذي ضرب للثاني، ولو لم يسقط فلا شيء للضارب، وإن اختلفا في حصول الاسوداد بضربه فالقول قول الضارب قياساً لأنه هو المنكر ولا يلزم من الضرب الاسوداد فصار إنكاره له كإنكاره أصل الفعل. وفي الاستحسان القول قول المضروب لأن ما يظهر عقيب فعل من الأثر يحال على الفعل لأنه هو السبب الظاهر إلا

أرش ولا قود بجرح حتى يبرأ وكل عمد سقط فيه قوده لشبهة كقتل الأب ابنه عمداً ففيه دية في مال القاتل وكذا ما وجب صلحاً أو اعترافاً أو لم يكن نصف العشر وعمد

أن يقيم الضارب البينة أنه بغيره. قال رحمه الله: **(وإن شج رجلاً فالتحم ولم يبق له أثر أو ضرب فجرح فبرأ وذهب أثره فلا أرش)** وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه أرش الألم وهو حكومة عدل لأن الشين الموجب إن زال فالألم الحاصل لم يزل. وقال محمد رحمه الله: عليه أجرة الطبيب لأن ذلك أثر فعله فكان له أخذ ذلك من ماله واعطاؤه الطبيب، وفي شرح الطحاوي فسر قول أبي يوسف عليه أرش الألم بأجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموجب هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال أثره والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد كالإجارة والمضاربة الصحيحين أو ما يشبه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يلزم الغرامة، وكذلك مجرد الألم لا يوجب شيئاً لأنه لا قيمة له بمجرد الألم ألا ترى أن من ضرب إنساناً ضرباً مؤلماً من غير جرح لا يجب عليه شيء من الأرش، وكذا لأن لو شتمه شتماً يؤلم نفسه لا يضمن شيئاً. قال رحمه الله: **(ولا قود بجرح حتى يبرأ)** وقال الشافعي رحمه الله: يقتص منه في الحال لأن الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس. ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه. رواه أحمد والدارقطني. ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلهما لاحتمال أن تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل فلا يعلم أنه جرح إلا بالبرء فيستقر به. قال رحمه الله: **(وكل عمد سقط فيه قوده لشبهة كقتل الأب ابنه عمداً ففيه دية في مال القاتل وكذا ما وجب صلحاً أو اعترافاً أو لم يكن نصف العشر)** أي نصف عشر الدية لما روي عن ابن عباس موقوفاً ومرفوعاً لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً، ولأن العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفاً عنه وذلك يليق بالمخطئ لأنه معذور دون المتعمد لأنه يوجب التغليظ، والذي وجب بالصلح إنما وجب بعقده والعاقلة لا تتحمل ما يجب العقد وإنما تتحمل ما يجب بالقتل، وكذا ما لزمه بالإقرار لا تتحمله العاقلة لأن له ولاية على نفسه دون عاقلته فيلزمه دونهم. وإنما لا تتحمل أقل من نصف عشر الدية لأنه لا يؤدي إلى الإجحاف والاستئصال بالجاني والتأجيل تحرزاً عنه فلا حاجة إليه، ثم الكل يجب مؤجلاً إلى ثلاث سنين إلا ما وجب بالصلح فإنه يجب حالاً لأنه واجب بالعقد فيكون حالاً بخلاف غيره وما دونه أرش الموضحة يجب في سنة لا ما دون ثلث الدية والثلث وما دونه يجب في سنة. وقال الشافعي رحمه الله: ما وجب بقتل الأب ابنه يجب حالاً لأن القصاص سقط شرعاً إلى بدل فيكون ذلك البدل حالاً كسائر المتلفات. ولنا أن المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال أصلاً لأنه ليس بقيمة إذ لا تقوم مقامه وقيمة الشيء ما يقوم مقامه، وإنما عرفنا تقومه بالمال بالشرع والشرع إنما قومه بدية مؤجلة

الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا تكفير فيه ولا حرمان فيه.

فصل في الجنين

....

إلى ثلاث سنين وإيجاب المال حالاً زيادة على ما أوجبه الشرع وصفاً كما لا يجوز إيجاب الزيادة على ما أوجبه الشرع قدراً.

قال رحمه الله: **(وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا تكفير فيه ولا حرمان فيه)** أي عن الميراث والمعتوه كالصبي. وقال الشافعي رحمه الله: عمده عمد فتجب الدية في ماله لأن العمد هو القصد وهو ضد الخطأ فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد ولهذا يؤدب ويعزر، وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة لأنهم ليسوا من أهل العقوبة فيجب عليهم موجبه الآخر وهو المال لأنهم أهل لوجوبه عليهم فصار نظير السرقة فإنهم إذا سرقوا لا يقطع أيديهم ويجب عليهم ضمان المال المسروق لما قلنا، ولهذا وجب عليهم التكفير بالمال لأنه أهل لفوات المالية دون الصوم لعدم الخطاب، وكذا يحرم الميراث عنده بالقتل. ولنا أن مجنوناً صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقال: عمده وخطؤه سواء. ولأن الصبي مظنة المرحمة قال عليه الصلاة والسلام «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا»[١] والعاقل المخطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء أولى بهذا التخفيف فيجب على العاقلة إذا كان الواجب قدر نصف العشر أو أكثر بخلاف ما دونه لأنه يسلك به مسلك الأموال كما في البالغ العاقل لأنه لم يتحقق العمد منه لأنه عبارة عن القصد وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل. وهؤلاء عدموا العقل فكيف يتحقق منهم القصد وصاروا كالنائم، وحرمان الإرث عقوبة وهم ليسوا من أهلها، والكفارة كاسمها ساترة ولا ذنب لهم تستره لأنهم مرفوع عنهم القلم، ولأن الكفارة دائرة بين العبارة والعقوبة يعني أن فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا يجب عليهم عبادة ولا عقوبة، وكذا سبب الكفارة تكون دائرة بين الحظر والإباحة لكون العقوبة متعلقة بالحظر وفعلهم لا يوصف بالجناية لأنها اسم لفعل محظور وكل ذلك ينبئ عن الخطاب وهم ليسوا بمخاطبين فكيف تجب عليهم الكفارة والله أعلم.

فصل في الجنين

لما ذكر أحكام الجناية المتعلقة بالآدمي شرع في بيان أحكامها المعلقة بالآدمي من وجه دون

(١) رواه الترمذي في كتاب البر باب ١٥. أحمد في مسنده (١/ ٢٥٧) (٢/ ٢٠٧).

ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً تجب غرة نصف عشر الدية وإن ألقته حياً فمات

وجه وهو الجنين، بيان ذلك ما ذكر شمس الأئمة السرخسي في أصوله أن الجنين ما دام مجتناً في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الأم لكنه منفرد بالحياة بعد إلا أن يكون نفساً له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية، وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه فأما بعدما يولد فله ذمة صالحة، ولهذا لو انقلب على مال إنسان أتلفه يكون ضامناً له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي. جنين على وزن فعيل بمعنى مفعول وهي مجنون أي مستور من جنه إذا ستره من باب طلب، والجنين اسم للولد في بطن أمه ما دام فيه والجمع أجنة فإذا ولد يسمى وليداً ثم رضيعاً إلى غير ذلك. قال رحمه الله: **(ضرب بطن امرأة فالقت جنيناً ميتاً تجب غرة نصف عشر الدية)** الغرة الخيار، غرة المال خياره كالفرس والبعير البخت والعبد والأمة ألفا درهم، وقيل إنما سمي ما يجب في الجنين غرة لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة، وسمي وجه الإنسان غرة لأنه أول شيء يظهر منه. والمراد بنصف عشر الدية دية الرجل لو كان الجنين ذكراً وفي الأنثى دية عشر المرأة وكل منهما خمسمائة درهم ولهذا لم يبين في المختصر أنه ذكر أو أنثى لأن دية المرأة نصف دية الرجل، بالعشر في ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل. والقياس أن لا يجب شيء من الجنين لأنه لم يتحقق جناية، الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الإنقصان الأم إن نقصت وإلا فلا يجب شيء، والقياس أن لا يجب كمال الدية لأنه بضربه منع حدوث الحياة فيه فيكون بذلك كالمزهق للروح ولهذا المعنى وجبت قيمة ولد المغرور فإنه منع من حدوث الرق فيه، وكذلك وجب على المحرم قيمة بيض الصيد في كسره، وجه الاستحسان ما روي أن امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى أن دية جنينها غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة؛ كذا وجدته بخط شيخي. وفي المنتقى: رجل ضرب بطن امرأته فألقت جنيناً حياً ثم مات ثم ألقت جنيناً ميتاً ثم ماتت الأم بعد ذلك وللرجل الضارب بنت من غير هذه المرأة وليس له ولد من هذه التي ولدت ولها إخوة من أبيها وأمها فعلى عاقلة الأب دية الولد الذي وقع حياً ثم مات ترث من ذلك أمه السدس وما بقي فللأخت هذا الولد من أبيه وعلى والده كفارتان في الولد الواقع حياً وكفارة في أمه، والولد الذي سقط ميتاً ففيه غرة على عاقلة الأب خمسمائة ويكون للأم من ذلك السدس أيضاً وما بقي فللأخت هذا الولد من أبيه أيضاً، فلو كان الرجل ضرب بطنها بالسيف عمداً فقطع البطن ووقع أحد الولدين حياً وبه جراحة السيف ثم مات ووقع الآخر ميتاً وبه جراحة السيف أيضاً ثم ماتت الأم من ذلك فعلى الرجل القود في الأم وعلى عاقلته دية الولد الحي وغرة الجنين الميت. قال محمد في الجامع الصغير: وأطلق في قوله امرأة قال في السراجية: فشمل الحرة مسلمة كانت أو كافرة ويكون بدل الجنين

فدية فإن القت ميتاً فماتت الأم فدية وغرة وإن ماتت فالقتة ميتاً فدية فقط وما يجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب فلو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها وفي جنين الأمة لو ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته

بين الورثة. وفي الكافي: هذا إذا تبين خلقه أو بعض خلقه. وفي شرح الطحاوي: أو كانت أمة علقت من سيدها والكفارة في الجنين تجب في سنة واحدة. وفي شرح الطحاوي: ولو ألقت جنينين تجب غرتان، وإن كان أحدهما خرج حياً ثم مات والآخر خرج ميتاً تجب غرة ودية وعلى الضارب الكفارة، وإن ماتت الأم ثم خرج الجنينان تجب دية الأم وحدها إلا إذا خرج الجنينان ثم ماتا تجب عليه ثلاث ديات. فاعتبر على هذا القياس. وإن كان في بطنها جنينان فخرج أحدهما قبل موت الأم وخرج الآخر بعد موت الأم وهما ميتان تجب الغرة في الذي خرج قبل موت الأم ولا يرث من دية أمه شيئاً وترث الأم من ديته والجنين الآخر وهو الذي خرج بعد موت أمه لا يرث من أحد ولا يورث عنه قال؛ وإن كان الذي خرج بعد موت الأم خرج حياً ثم مات ففيه الدية كاملة. وفي شرح الطحاوي: ولو خرج الولد حياً ثم مات تجب ديتان قال: ويرث هذا الجنين من دية أمه. وهل يرث هذا الجنين الأول وهو الذي خرج ميتاً قبل موت الأم؟ ينظر إن كان الآخر حياً لا يرث. وإن لم يكن حياً يرث. قال رحمه الله: **(وإن ألقته حياً فمات فدية)** أي تجب دية كاملة لأنه أتلف آدمياً خطأ أو شبه عمد فتجب فيه الدية كاملة.

قال رحمه الله: **(فإن القت ميتاً فماتت الأم فدية وغرة)** لما روينا ولأنهما جنايتان فيجب فيهما موجبهما وهذا لما عرف أن الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كما إذا رمى فأصاب شخصاً ونفذت منه إلى آخر فقتله فإنه يجب عليه ديتان إن كان خطأ وإن كان الأول عمداً يجب القصاص في الأول وفي الثاني الدية. قال رحمه الله **(وإن ماتت فالقتة ميتاً فدية فقط)** وقال الشافعي: تجب الغرة مع الدية لأن الجنين مات بضربته ظاهراً فصار كما إذا ألقته ميتاً وهي بالحياة. ولنا أن موت الأم سبب لموته ظاهراً لأن حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فيتحقق بموتها فلا يكون في معنى ما ورد به النص إذا الاحتمال فيه أقل فلا يجب شيء بالشك، وإن ألقته حياً بعدما ماتت تجب ديتان دية الأم ودية الولد لأنه كما إذا ألقته حياً وماتت. قال رحمه الله: **(وما يجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب فلو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها)** وإنما يورث لأنه نفس من وجه على ما بينا والغرة بدله فيرثها وارثه ولا يرث الضارب من الغرة شيئاً لأنه قاتل مباشرة ظلماً ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة، قال رحمه الله: **(وفي جنين الأمة لو ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو أنثى)** وقال الشافعي: يجب فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يومئذ بمقدارها من الأصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالإجماع وهو الغرة. لنا أنه بدل نفسه فلا يقدر بغيره إذ لا نظير له في الشرع، والدليل على أنه بدل نفسه أن الأمة أجمعت على أنه لا يشترط فيه نقصان الأصل، ولو كان ضمان الطرف لما وجب إلا عند نقصان الأصل. ويؤيد

....

ذلك أن ما يجب في جنين الحرة موروث ولو كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد لا يختلفان في ضمان الطرف لأنه لا يورث وإنما يختلفان في ضمان النفس، لو كان ضمان الطرف لما روث في الحر فإذا ثبت أنه ضمان النفس كان دية مقدرة بنفس الجنين لا بنفس غيره كما في سائر المضمونات، ولا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الأم بل بدية نفس الجنين إذا لو كان حياً تجب نصف عشر ديته إن كان ذكراً، وعشر ديته إن كان أنثى فكذا في جنين الأمة يجب بتلك النسبة من قيمته لأن كل ما كان بقدر دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكراً وعشر قيمته إن كان أنثى. هذا دية الحر إذا كان الجنين من غير مولاها ومن غير مغرور، وأما إذا كان من أحدهما ففيه الغرة المذكورة في جنين الحرة ذكراً كان أو أنثى كما تقدم. وفي نوادر ابن سماعة: رجل قال لأمته الحبلى أحد الولدين اللذين في بطنك حر فضرب إنسان بطنها فألقت جنينين ميتين غلام وجارية قال: على الجاني غرة وذلك خمسمائة، وعليه أيضاً في الغلام ربع عشر قيمته لو كان حياً، وعليه في الجارية نصف خمسمائة ونصف عشر قيمتها. وفي العيون هشام عن أبي يوسف في رجل اشترى أمة حاملاً فلم يقبضها حتى أعتق ما في بطنها ثم ضرب إنسان بطنها فألقت غلاماً ميتاً فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الأمة بجميع الثمن واتبع الجاني بأرش الجنين أرش حر فيكون له الفضل طيباً، وإن شاء فسخ البيع في الأمة ولزمه الولد بحصته من الثمن. ولو كان للجنين أب حر كان أرش الجنين لوالده في الوجهين جميعاً ولا شيء للمشتري. وفي التتمة وسئل يوسف بن محمد البلالي عن رجل زنى بجارية الغير فأحبلها ثم احتال هو وامرأته فأسقطا الحمل من الجارية وماتت الجارية بذلك السبب ما الحكم في ذلك وما يجب عليهما؟ فقال: أما الجارية فإنه يجب عليه ضمانها إذا ماتت بذلك السبب، وفي الحمل الغرة إن كان ميتاً، وإن سقط وهو حي ثم مات فإنه يجب قيمته، وإن كان الحمل ماء ودماً فإنه لا يجب فيه شيء. وفي المنتقى قال أبو يوسف: إذا ضرب الرجل بطن امرأته فألقت جنيناً ميتاً فلا كفارة عليه ولا يرث منه، وإن ألقت جنيناً ميتاً قد استبان من خلقه شيء ثم ماتت هي من تلك الضربة ثم ألقت جنيناً حياً ومات ففي الأول الغرة، وفي الأم الدية، وفي الجنين الثاني الدية كاملة. وفي النسفية سئل عن مختلعة حامل مضت عدتها بإسقاط الولد هل للزوج أن يخاصمها في هذا الحمل؟ فقال: إن أسقطته بفعلها وجب عليها للزوج غرة قيمتها خمسمائة درهم نقرة خالصة ولا يسقط شيء من ذلك لميراثها لأنها قاتلة فلا ترث. وسئل أبو القاسم عن امرأة شربت الدواء فألقت جنينها ميتاً أو حملت حملاً ثقيلاً فألقت جنيناً ميتاً أن على عاقلتها خمسمائة درهم في سنة واحدة لوارث الحمل أباً كان أو غيره، وإن لم يكن لها عاقلة فهي في مالها في سنة. وفي الحاوي: وذلك لزوجها لأنه هو الوارث؛ قاله يوسف بن عيسى. وفي جامع الفتاوى: ولو لم يعلم أنه ذكر أو أنثى يؤخذ بالمتيقن كالخنثى المشكل ضاع الجنين ولا يمكنها

لو أنثى فإن حرره سيده بعد ضربه فالقته فمات ففيه قيمته حياً ولا كفارة في الجنين

تقويمه باعتبار قيمته وهيآته ووقع التنازع في قيمته القول للضارب لأنه المنكر كما لو قتل عبداً خطأ ووقع التنازع في قيمته وعجز القاضي عن تقويمه باعتبار حاله كان القول للضارب؛ كذا في شرح الهداية للعيني. قال رحمه الله: **(فإن حرره سيده بعد ضربه فالقته فمات ففيه قيمته حياً)** ولا تجب الدية وإن كان بعد العتق لأن الوجوب بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فتجب قيمته حياً لأنه صار قاتلاً له وهو حي فاعتبرنا حالتي السبب والتلف فأوجبنا عليه القيمة باعتبار حالتي السبب وهو الضرب لأنه رقيق حينئذ، وأوجبنا عليه جميع قيمته باعتبار حالة التلف كأنه ضربه في الحال، وكان ينبغي أن يجب ما نقص بضربه إلى أن يوجد العتق كما لو قطع يد عبد أو جرحه فأعتقه المولى ثم مات يجب عليه أرش اليد والجرح وما نقص من قيمته إلى العتق لأن العتق يقطع السراية لكن اعتبر فيه الحالتان فجعل كأن الضرب لم يوجد في حق الجنين لأن المقصود بالضرب الأم فأوجبنا القيمة دون الدية لأنه صار قاتلاً له بالضرب الأول فصار كما لو رمى عبداً فأعتقه المولى ثم وقع عليه السهم فمات فإنه تجب عليه القيمة للمولى لأن الرمي ليس بجناية ما لم يتصل بالمحل فلا يجب فيه شيء بدون الاتصال بخلاف القطع والجرح لأنه جناية في الحال والعتق يقطع السراية ومع هذا تجب القيمة دون الدية لأنه يصير قاتلاً له من وقت الرمي لأنه الفعل المملوك له. وقال فخر الإسلام قال بعض مشايخنا: معنى قوله ضمن أي الدية، وقوله ولا تجب الدية ليس هو في الجامع الصغير. ووجه أن الضرب وقع على الأم فلم يعتبر جناية في الجنين إلا بعد الانفصال حياً ولذلك لم تنقطع سرايته بخلاف من جرح فأعتقه مولاه. قال بعضهم: بل المراد به حقيقة القيمة لأن الجناية قد تمت منه لكن لا يعتبر في حق الجنين مقصوداً إلا بعد الانفصال فأشبه الرمي الذي تم من الرامي ولا يعتبر في حق المرمي إليه إلا بعد الإصابة. وقيل: هذا عندهما، وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب لأن القطع قاطع السراية. وقيد بقوله «بعد ضربه» لأنه لو حرره قبل الضرب فألقته حياً فالواجب الدية على قولهما، وعلى قول الإمام تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب، واختلف المشايخ لمن يكون هذا المقدار قال بعضهم: لورثة هذا الجنين. وقال بعضهم: للمولى؛ كذا في التتارخانية.

قال رحمه الله: **(ولا كفارة في الجنين)** وقال الشافعي رحمه الله: تجب الكفارة لأنه نفس من وجه فتجب احتياطاً لما فيها من العبادة. ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة لأنها شرعت زاجرة، وفيها معنى العبادة لأنها تتأدى بالصوم وقد عرف وجوبها في النفس المطلقة فلا تتعداها لأن العقوبة لا يجري فيها القياس، وقول الشافعي فيه تناقض لأنه يعتبره جزءاً حتى أوجب عليه عشر قيمة الأم وههنا اعتبره نفساً حتى أوجب فيه الكفارة، ونحن اعتبرناه جزءاً

وإن شربت دواء لتطرحه أو عالجت فرجها حتى أسقطته ضمن عاقلتها الغرة إن فعلت

من وجه ولهذا لم يجب فيه كل البدل فكذا لا تجب فيه الكفارة لأن الأعضاء لا كفارة فيها إلا إذا تبرع بها هو لأنه ارتكب محظوراً فإذا تقرب بها إلى الله تعالى كان أفضل ويستغفر الله تعالى مما صنع من الجريمة العظيمة. والجنين الذي استبان بعض خلقه في جميع ما ذكرنا من الأحكام كالتام لإطلاق ما روينا، ولأنه ولد في حق الأحكام كأمومية الولد وانقضاء العدة به والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم، ولأنه يتميز من العلقة والدم فلا بد منه. قال رحمه الله: **(وإن شربت دواء لتطرحه أو عالجت فرجها حتى أسقطته ضمن عاقلتها الغرة إن فعلت بلا إذن)** لأنها ألقته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة لما بينا، ولا ترث هي من الغرة شيئاً لأنها قاتلته بغير حق والقاتل لا يرث بخلاف ما إذا فعلت ذلك بإذن الزوج حيث لا تجب الغرة لعدم التعدي. ولو فعلت أم الولد ذلك بنفسها حتى أسقطت فلا شيء عليها لاستحالة وجوب الدين على المملوك لسيده، ولو استحقت وجب للمولى غرة لأنه تبين أنه ليس بمالك لهما وأنه مغرور وولد المغرور حر الأصل وهي متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة للجنين فتجب الغرة له، ويقال للمستحق إن شئت سلم الجارية وإن شئت أفدها لأنه الحكم في جناية المملوك. وفي جامع الفتاوى وفي نوادر رستم: امرأة شربت دواء لتسقط ولدها عمداً فألقت جنيناً حياً ثم مات فعلى العاقلة ولا ترث منه شيئاً وعليها الكفارة، وإن ألقت جنيناً ميتاً فعلى عاقلتها غرة ولا ترث منه شيئاً وعليها الكفارة، وقال أبو بكر في هذه الصورة: إنها إذا اسقطت سقطاً ليس عليها إلا التوبة والاستغفار، وإن كان جنيناً فعليها غرة، وتأويله إذا شربت دواء يوجب سقوط الولد وتعمدت ذلك. وفي المنتقى رواية مجهولة: امرأة شربت دواء فأسقطت وكانت شربت لغير ذلك يعني لغير إسقاط الولد فعليها الغرة ولا كفارة عليها في قول أبي حنيفة ومحمد ولا ترثه. وقال بعضهم: عليها الكفارة، وهذا الجواب من زيادات الحاوي. وفي المنتقى سئل أبو بكر عن حامل أرادت أن تلقي العلقة لغلبة الدم قال: يسأل أهل الطب عن ذلك إن قالوا يضر بالحمل لا تفعل، إن قالوا لا يضر تفعل، وكذا الحجامة والفصد. قال الفقيه: وسمعت ممن يعرف ذلك الأمر قال: لا ينبغي لها أن تفعل ما لم يتحرك الولد فإذا تحرك فلا بأس بالحجامة ما لم تقرب الولادة، فإذا قربت فلا يفعل. وأما الفصد فالامتناع في حال الحبل أفضل لأنه يخاف على الولد إلا أن يدخل الأم ضرر بين في تركه. وفي فتاوى النسفي سئل عن مختلعة وهي حامل احتالت لإسقاط العدة بإسقاط الولد قال: إن سقط بفعلها وجب عليها الغرة ويكون ذلك للزوج. وفي الحاوي: وهي لا ترث منه لأنها قاتلة. قال: الأب إذا ضرب ابنه الصغير تأديباً فعطب من ذلك ينظر إن ضربه حيث لا يضرب للتأديب فعليه الدية والكفارة عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء عليه. وفي نوارد بشر عن أبي يوسف أن عليه كفارة، وعلى هذا

....

الخلاف الوصي إذا ضرب الصغير تأديباً. وفي الكبرى: وإن كان ضربه المعلم في الموضع المعتاد فمات لا يضمن هو ولا الأب ولا الوصي في قولهم جميعاً، وكذا المؤدب الذي يعلمه الكتابة إذا ضربه بإذن والده لا ضمان عليه وعليه الكفارة في قولهما. وهذا إذا كان ضربه المعلم في موضع معتاد وفي رواية مجهولة لا كفارة عليهما والفتوى على الأول. والزوج إذا ضرب زوجته حيث تضرب للتأديب مثل ما تضرب حال نشوزها يضمن بالإجماع، والأب والوصي إذا سلما الصغير إلى معلم يعلمه القرآن أو علماً آخر فضربه المعلم للتعليم فلا ضمان على المعلم ولا على الأب والوصي. وفي المنتقى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن عليه الكفارة وإن ضربه حيث لا يضرب أو فوق ضرب التعليم فالمعلم ضامن. قال هشام في نوادره قلت لمحمد: إن لم يكن الأب قال له في أمر الضرب شيئاً قال: يضمن المعلم. وفي رواية في بعض النسخ أن ضرب الصغير إنما يضمن على قول أبي حنيفة إذا كان للتأديب، أما إذا ضربه لتعليم القرآن لا يضمن كالمعلم فإذا لا فرق بين ضرب المعلم بإذن الأب وبين ضرب الأب إذا كان للتعليم. وذكر شمس الأئمة الحلواني في شرح كتاب الإجارات أن في ضرب الأب ابنه وفي ضرب الزوج زوجته روايتين عن محمد في رواية يضمن، وفي رواية لا يضمن. أما الوالدة إذا ضربت ولدها الصغير للتأديب فلا شك أنها تضمن على قول أبي حنيفة، وقد اختلف المشايخ فيه على قولهما قال بعضهم لا تضمن، وقال بعضهم هي ضامنة لأن الضرب تصرف في النفس وليس لها ولاية التصرف في النفس أصلاً. وفي كتاب العلل للزوج أن يضرب امرأته على ترك الصلاة وللأب أن يضرب ابنه على ترك الصلاة، وذكر مسألة المعلم إذا ضرب الصغير بإذن الأب على الاتفاق قال نحو ما ذكرنا قال محمد ثمة وهذا عندنا.

وفي العيون: إذا قال لرجلين اضربا مملوكي هذا مائة سوط فليس لأحدهما أن يضربه المائة كلها، فإن ضربه أحدهما تسعة وتسعين وضربه الآخر سوطاً واحداً ففي القياس يضمن ضارب الأكثر، وفي رواية لا يضمن وهو نظير ما لو قال لامرأتيه إن أكلتما هذا الخبز فأنتما طالقتان فأكلتاه، وإن أكلت إحداهما عامته والأخرى بقيته لا تطلق استحساناً. وفي الكبرى: المحترف إذا ضرب التلميذ فمات إن كان ضربه بأمر أبيه أو وصيه لا يضمن إذا كان في الموضع المعتاد لو ضرب امرأته على المضجع أو في أدب فماتت يضمن إجماعاً وعليه الكفارة؛ هما فرقا بينها وبين الأب فإن ضرب الأب لمنفعة الابن وضرب المرأة لمنفعة الزوج. وفي السراجية: رجل ضرب رجلاً سياطاً فجرحه فبرأ منه فعليه أرش الضرب إن بقي أثر الضرب، وإن لم يبق لا يجب عليه شيء سوى التعزير. وقال أبو يوسف: تجب حكومة عدل. وقال محمد: أجرة الطبيب وثمن الأدوية. وفي الجامع الصغير: الخامسة وهذا إذا جرح ابتداء، فأما إذا لم يجرح في الابتداء لا يجب بالاتفاق. وفي المنتقى: رجل قتل عمداً وله

....

أخ معروف فأقر أخوه بابن المقتول وادعى ذلك الابن وهو كبير فإن للمقر به القود. وقال أبو الفضل: هذا الجواب خلاف ما في الأصل. وفي نوادر هشام عن أبي يوسف: رجل ادعى أنه عبده وأقام البينة وشهد الشهود أنه كان عبده فأعتقه وهو حر اليوم، فإن كان له وارث قضى لوارثه بالقصاص في العمد وبالدية في الخطأ، وإن لم يكن له وارث فلمولاه قيمته في العمد الخطأ وفي نوادر ابن سماعة قال: سمعت أبا يوسف يقول في رجل في يده صبي صغير فقطع الرجل يد الصبي عمداً ثم قال القاطع هو عبدك وقال الذي في يده هو ابني لا أصدقه على ذلك، ولو قال هذه المقالة قبل موت المجني عليه فعلى الجاني القود. وفي المنتقى: رجل جرح فقال فلان قتلني ثم أقام وارثه بينة على رجل آخر أنه قتله قبلت بينته. وذكر بعد ذلك هذه المسألة عن أبي يوسف: رجل قال فلان جرحني فأقام ابن له بينة على ابن له آخر أنه جرحه خطأ فإني أقبل البينة على الابن وأحرمه عن الميراث بذلك. فلما أجزنا ذلك في الميراث جعلنا الدية على عاقلته. قال هشام: سمعت محمداً يقول في رجل أدخل نائماً أو مغمى عليه في بيته فسقط البيت عليه قال: لا يضمن إلا في المعتوه والصبي. وفي المنتقى: رجل فقأ عيني عبد وقطع الآخر رجله أو يده فبرأ وكانت الجناية منهما معاً فعليهما قيمته أثلاثاً ويأخذان العبد فيكون بينهما على قدر ذلك، وكذلك كل جارحة من اثنين معاً جراحة هذا هو عضو وجراحة الآخر في عضو تستغرق ذلك القيمة كلها فإنه يدفعه إليها ويغرمان قيمته على قدر أرش جراحتهما ويكون بينهما على ذلك، وإن مات منهما والجراحة خطأ فعلى كل واحد منهما فعلى الجارح الأول أرش جراحته من قيمته مجروحاً بالجراح الأولى وما بقي من قيمته فعليهما نصفان، وإن برأ منهما والجراحة الأخيرة تستغرق القيمة والجراحة الأولى لا تستغرق فعلى الأول أرش جراحته وعلى الثاني قيمته مجروحاً بالجرح الأول ويدفع العبد إليه، وإن كانت الجراحة الأولى هي التي تستغرق القيمة فعلى الجارح الثاني أرش جراحته. ومن أمسك رجلاً حتى جاء آخر وقتله عمداً أو خطأ فلا شيء على الممسك عندنا وعلى القاتل القصاص في العمد والدية في الخطأ وهي مسألة كتاب الديات، وعلى هذا من أمسك رجلاً جاء آخر وأخذ دراهمه فضمان الدراهم على الآخذ عندنا لا على الممسك.

وفي الخانية: لو وطئ جارية إنسان بشبهة أو أزال بكارتها فعلى قول أبي يوسف ومحمد ينظر إلى مهر مثلها فيزاد إلى نقصان بكارتها إن كان أكثر يجب ذلك ويدخل الأقل في الأكثر. ولو أن صبياً زنى في صبية وأذهب عذرتها كان عليه المهر بإزالة البكارة لو كانت المرأة بالغة مستكرهة، وإن كانت مطاوعة لا يجب المهر لأنه لو وجب على الصبي كان لولي الصبي أن يرجع بذلك عليها كما لو أمر صبياً بشيء يلحقه ضمانه كان لولي الصغير أن يرجع على الآمر فلا يفيد تضمين الصغير. ولو أن امرأة بالغة غصبها فزنى بها وأذهب عذرتها بأمرها كان على الصبي مهرها لأن أمر الأمة لم يصح في حق مولى الأمة. حريق وقع في محلة فهدم رجل دار

....

بغير بغير أم صاحبه وبغير أمر السلطان حتى ينقطع عن داره ضمن ولم يأثم. ابن سماعة عن محمد: حر معه سيف وعبد معه عصا فالتقيا وضرب كل واحد منهما صاحبه حتى قتله وماتا ولا يدري أيهما بدأ بالضرب فليس على ورثة الحر ولا على مولى العبد شيء، وإن كان السيف بيد العبد والعصا بيد الحر فعلى عاقلة الحر نصف قيمة العبد ولا شيء لورثة الحر على مولى العبد، وإن كان بيد كل واحد منهما عصار وضرب كل واحد منهما الآخر وشجه موضحة ثم ماتا ولا يدري من الذي بدأ بالضرب فعلى عاقلة الحر قيمة العبد صحيحاً لمولاه ثم يقال لمولاه ادفع من ذلك قيمة الشجة إلى ولي الحر وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون له شيء منه. بشر بن الوليد عن أبي يوسف في رجل ضرب كل واحد منهما صاحبه هذا بالسيف وهذا معه عصا فماتا ولا يدري أيهما بدأ قال: على صاحب العصا نصف دية صاحب السيف على عاقلته وليس لصاحب العصا شيء، وإذا جرح الرجل عمداً بالسيف فأشهد المجروح بالسيف على نفسه أن فلاناً لم يجرحه ثم مات المجروح من ذلك هل يصح هذا الإشهاد؟ قالوا: هذا على وجهين: إما أن تكون جراحة فلان معروفة عند القاضي وعند الناس أو غير معروفة، فإن لم تكن معروفة كان الإشهاد صحيحاً. وفي الذخيرة: وإن أقام الورثة بينة بعد ذلك على أن فلاناً جرحه لم تقبل هذه البينة. وفي التجريد: ولو أمر رجل عشرة رجال أن يضرب كل واحد منهم عبده سوطاً ففعلوا ثم إن آخر ضرب سوطاً ولم يأمره فمات العبد من ذلك كله فعلى الذي لم يؤمر أرش ما نقص بضربه مضروباً عشرة أسواط وعليه أيضاً جزء من أحد عشر جزءاً من قيمته مضروباً أحد عشر سوطاً. ولو أن المولى ضربه بيده عشرة أسواط ثم ضربه هذا الرجل سوطاً ومات فعليه نقصان سوطه ونصف قيمته مضروباً أحد عشر سوطاً. وفي الجامع الصغير عن محمد فيمن اجتمع عليه الصبيان أو المجانين يريدون قتله. وفي الحاوي: أو أخذ ماله ولا يقدر على دفعهم إلا بالقتل - قال: ليس له أن يقتلهم ولو قتل تجب عليه الدية. قال المعلى قلت لمحمد: إن صاحبنا يقول بالضمان وعنى أنه أبو مطيع قال المعلى: كنت في الطواف فإذا محمد بن الحسن فقال: يا خراساني القول ما قال صاحبكم. قال الشيخ: وبه يفتي. وكان نصير يقضي بالضمان في الصبي والمجنون والبهيمة إذا قتله الرجل دافعاً. وكان الفقيه أبو بكر يفتي بعدم الضمان. قال الفقيه أبو الليث: هذا القول يخالف ما قيل في الروايات الظاهرة. وفي فتاوى الذخيرة: أمة الرجل إذا ارتدت والعياذ بالله تعالى فقتلها رجل فلا شيء على القاتل؛ هكذا ذكر محمد. وفي غيرها أن على القاتل قيمتها. وفي النسفية سئل عمن سعى فيه إلى السلطان وأخذ من الرجل مالاً ظلماً هل يضمن للساعي؟ قال: نعم. وروي هذا عن زفر وأخذ به كثير من مشايخنا لما فيه من المصلحة. فتاوى الخلاصة: من سعى برجل إلى سلطان حتى غرمه لا يخلو من ثلاثة أوجه: أحدها إن كانت السعاية بحق بأن كان يؤذيه ولا يمكنه دفع الأذى إلا بالرفع إلى السلطان أو

كان فاسقاً لا يمتنع عن الفسق بالأمر بالمعروف وفي مثل هذا لا يضمن الساعي. الثاني أن يقول إن فلاناً وجد كنزاً أو لقطة وظهر أنه كاذب ضمن إلا إذا كان السلطان عادلاً لا يغرم بمثل هذه السعايات أو قدم يغرم وقد لا يغرم لا يضمن الساعي. الثالث إذا وقع في قلبه أن فلاناً يجيء إلى امرأته فرفع إلى السلطان فغرمه السلطان ثم ظهر كذبه فعندهما لا يضمن الساعي، وعند محمد يضمن. وقال صدر الإسلام في كتاب اللقطة: والفتوى على قول محمد لغلبة السعاية في زماننا. وقيل سواء قال صدقا أو كذباً إن لم يكن محتسباً وليس للسلطان حق الأخذ على قياس قول محمد إذا أمر الأعوان بأخذ المال باعتبار الظاهر لا يجب واعتبار السعاية يجب، أما إذا لم يأمر الأعوان ولكن أراه بيته وأخذ من بيته شيئاً لا يضمن. وقال الشيخ الإمام: لا يضمن الجاني مطلقاً. قال الفقيه أبو الليث: الساعي لا يضمن أيضاً، والمشايخ المتأخرون منهم القاضي الإمام علي السغدي والحاكم عبد الرحمن وغيرهما أفتوا بوجوب الضمان على الساعي؛ هكذا اختار الصدر الشهيد وهو أصح. ولو قال عند السلطان إن لفلان قوساً جيداً أو جارية حسناء والسلطان يأخذ فأخذ يضمن ولو كان الساعي عبداً يطلب بعد العتق، ولو اشترى شيئاً فقيل له اشتريت بثمن غال فسعى عند ظالم وأخذه إن كان قال صدقا لا يضمن. وإن كان كذباً يضمن.

وقال في الجامع الصغير: قال أبو نصر الدبوسي فيمن قطع يد عبده أو قتله إن عليه التعزير. وفي الفتاوى عن خلف قال: سألت أسد بن عمرو عمن ضربه بيده أو رجله ومات منه قال: هذا شبه العمد. وفي المنتقى عن محمد قال في رجل قصد أن يضرب آخر بالسيف فأخذ المضروب السيف من يده فقطع السيد أصابع الآخر قال: إن كان من غير المفصل فعلى الجاذب الدية، وإن كان من المفصل فعليه القصاص. وفي المنتقى: رجل قتل عمداً وله ابنان وامرأة فعفت المرأة عن الدم ثم إن أحد الابنين. قتل القاتل وهو يعلم العفو فعليه الدية في ماله في ثلاث سنين يدفع عنه من ذلك ما كان له على قاتل الأب، وأما إذا قتل أحدهما أباً عمداً وقتل الآخر أمه عمداً فللأول أن يقتل الثاني بالأم ويسقط القصاص عن الأب لأن القصاص الأول لما قتل صار القصاص موروثاً بين الابن الآخر وبين الأم للأم من ذلك الثمن، فإن قتل الآخر الأم صار الثمن الذي ورثته الأم من الأب ميراث الأول فسقط ضرورة. وإذا جنى على مكاتب إنسان ثم دبره مولاه لانهدار السراية بل تكون السراية مضمونة على الجاني بعد التدبير. ولو كاتبه أو أعتقه هدرت السراية أيضاً، وإذا جنى على مكاتب إنسان ثم أدى المكاتب فعتق ثم مات المكاتب من تلك الجناية فعلى الجاني قيمة المكاتب لا الدية وإن مات حراً. وقال في المنتقى: رجل شهد له رجلان أنه قتل ابن هذا فلان وشهد آخران لهذا الرجل أيضاً أنه قتل ابن هذا فلاناً وسميا ابناً آخر له غير الذي سمياه الأولان وزكى الفريق الأول ولم يزك الفريق الثاني فدفع المشهود عليه على المشهود له ليقتله فقال

باب ما يحدث الرجل في الطريق

بلا إذن. ومن أخرج إلى طريق العامة كنيفاً أو ميزاباً أو جرصناً أو دكاناً فلكل نزعه وله التصرف في النافذ إلا إذا أضر وفي غيره لا يتصرف

المشهود له أنا أقتلك بابني الذي لم تزك الشهود على قتله ولا أقتلك بابني الذي ذكر الشهود على قتله ثم قتله فلا شيء عليه، وإن قال لم يقتل ابني الذي زكى الشهود على قتله وإنما قتل ابن آخر لي فقتله كان عليه الدية استحساناً. وفي القياس عليه القتل. وفي المنتقى قال محمد في نصراني شهد عليه نصرانيان أنه قتل ابن هذا النصراني عمداً فقضى عليه بالقصاص ودفع إليه ليقتله فأسلم فإني أدرأ عنه القتل وأجعل عليه الدية. وروى الحسن عن أبي حنيفة في مسلم قطع يد عبد النصراني عمداً فأقام العبد بينة على النصراني أن مولاه كان أعتقه قبل أن يقطع هذا المسلم يده قبلت شهادتهم على العتق ولا يقضى له بالقصاص وله نصف القيمة والله تعالى أعلم بالصواب.

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسبباً، وقدم الأول لكونه أصلاً لأنه قتل بلا واسطة ولكنه أكثر وقوعاً فكان أمس حاجة إلى معرفة أحكامه. قال رحمه الله: **(ومن أخرج إلى طريق العامة كنيفاً أو ميزاباً أو جرصناً أو دكاناً فلكل نزعه)** أي لكل أحد من أهل المرور الخصومة مطالبة بالنقص كالمسلم البالغ العاقل الحر وكالذمي لأن لكل منهم المرور بنفسه وبدوابه فتكون له الخصومة بنفسه كما في الملك المشترك بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يؤمر بالهدم بمطالبتهم لأن مخاصمة المحجور عليهم لا تعتبر في ماله بخلاف الذمي، هذا إذا بنى لنفسه. قيد بما ذكر ليحترز عما إذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينتقض؛ كذا روي عن محمد رحمه الله. وقال اسمعيل الصفار: إنما ينقض بخصومته إذا لم يكن له مثل ذلك فإن كان له مثله لا يلتفت إلى خصومته لأنه لو أراد به إزالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يزل ما في قدرته علم أنه متعنت. قال في العناية: الكنيف المستراح، والميزاب والجرصن قيل هو البرج. وقال فخر الإسلام: جذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبني عليه. ثم الكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع: أحدها في أنه هل يحل له إحداثه في الطريق أم لا. والثاني في الخصومة في منعه من الإحداث فيه ورفعه بعده. والثالث في ضمان ما تلف بهذه الأشياء. أما الإحداث فقال شمس الأئمة: إن كان الإحداث يضر بأهل الطريق فليس له أن يحدث ذلك، وإن كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له إحداثه فيه ما لم يمنع منه لأن الانتفاع في الطريق بغير أن يضر بأحد جائز فكذا ما هو مثله فيلحق به إذا احتاج إليه فإذا أضر بالمار لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام

فيه إلا بإذنهم فإن مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته كما لو حفر بئراً في طريق أو وضع حجراً فتلف به إنسان ولو بهيمة فضمانها في ماله ومن جعل بالوعة في طريق

«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[1] وهذا نظير من عليه الدين فإنه لا يسعه التأخير إذا طالبه، فلو لم يطالبه جاز له تأخيره. وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز إن لم يضر بأحد، وأن أضر لم يجز لما قلنا. وأما الخصومة فيه فقال أبو حنيفة: لكل واحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع وأن يكلفه الرفع بعد الوضع، سواء كان فيه ضرر ولم يكن إذا وضع بغير إذن الإمام لافتياته على رأيه لأن التدبير في أمور العامة إلى الإمام. والعُرض بالضم الناحية والمراد واحد من الناس. وعلى قول أبي يوسف لكل واحد أن يمنعه من ذلك، وعلى قول محمد ليس لأحد أن يمنعه قبل الوضع ولا بعده إذا لم يكن فيه ضرر الناس لأنه مأذون له في إحداثه شرعاً ألا ترى أنه يجوز له ذلك إن لم يمنعه أحد والمانع منه متعنت فلا يمكن من ذلك فصار كما لو أذن له الإمام بل أولى لأن إذن الشارع أحرى ولاية وأقوى كالمرور حتى لا يجوز لأحد أن يمنعه. وجوابه أن هذا انتفاع بما لم توضع له الطريق فكان لهم منعه وإن كان جائزاً في نفسه بخلاف المرور فيه لأنه انتفاع بما وضع له فلان يكون لأحد منعه. قال رحمه الله: **(وله التصرف في النافذ إلا إذا أضر)** أي له أن يتصرف بإحداث الجرصن وغيره مما تقدم ذكره في الطريق النافذ إذا لم يضر بالعامة معناه إذا لم يمنعه أحد وقد ذكرناه. والخلاف الذي فيه فلا نعيده. قال رحمه الله: **(وفي غيره لا يتصرف فيه إلا بإذنهم)** أي في غير النافذ من الطريق لا يتصرف أحد بإحداث ما ذكرنا إلا بإذن أهله لأن الطريق التي ليست بنافذة مملوكة لأهلها فهم فيها شركاء ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملك إلا بإذن الكل أضر بهم أو لم يضر بخلاف النافذ لأنه ليس لأحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به ما لم يضر بأحد، ولأنه إذا كان حق العامة فيتعذر الوصول إلى إذن الكل فجعل كل واحد كأنه هو المالك وحده في حق الانتفاع ما لم يضر بأحد ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى ارضائهم ممكن فيبقى على شركته حقيقة وحكماً. وفي المنتقى: إنما يؤمر برفع هذه الأشياء إذا علم حدوثها فلو كانت قديمة فليس لأحد حق الرفع وإن لم يدر حال هذه الأشياء تجعل قديمة وهذا هو الأصل.

قال رحمه الله: **(فإن مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته كما لو حفر بئراً في طريق أو وضع حجراً فتلف به إنسان)** أي إذا مات إنسان بسقوط ما ذكره من كنيف أو ميزاب أو جرصن فديته على عاقلة من أخرجه إلى الطريق لأنه تسبب للهلاك متعدياً في إحداث ما تضرر به المارة بإشغال هواء الطريق به أو بإحداث ما يحول بينهم وبين الطريق، وكذا إذا عثر

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ١٧. الموطأ في كتاب الأقضية حديث ٣١. أحمد في مسنده (٥/ ٣٢٧).

....

بنقضه إنسان. ولو عثر بما أحدث به هو رجل فوقع على آخر فماتا فديتهما على عاقلة من إحدثه لأن الواقع كالمدفوع على الآخر، ولو سقط الميزاب فأصاب ما كان في الداخل رجلاً فقتله فلا ضمان على أحد لأنه وضع ذلك في ملكه فلا يكون متعدياً فيه. وإن أصابه ما كان خارجاً فيه يضمن وإن لم يعلم أخرجا أم دخلا لأنه إن كان خارجاً ضمن، وإن كان داخلاً لا يضمن، ففي القياس لا يضمن بالشك لأن فراغ ذمته ثابت بيقين وفي الشغل شك، وفي الاستحسان يضمن النصف لأنه في حال يضمن الكل، وفي حال لا يضمن شيئاً فيضمن النصف، ولا يقال ينبغي أن يضمن ثلاثة أرباع الدية لأنه يضمن في حالة النصف وهو ما إذا أصابه الطرفان فيتنصف فيكون مع النصف الأول ثلاثة أرباع لأن أحوال الإصابة حالة واحدة فلا تتعدد الاستحالة اجتماعهما بخلاف حالة الجرحين. ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الكل فأصاب الجناح رجلاً فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع لأن فعله لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب بخلاف الحائط المائل إذا باعه بعد الإشهاد عليه ثم سقط في ملك المشتري على إنسان حيث لا يضمن البائع ولا المشتري لأن المشتري لم يشهد عليه وهو شرط الحائط المائل، وفي حق البائع قد بطل الإشهادة الأول لأن الملك شرط لصحة الإشهاد فيبطل بخروجه عن ملكه لأنه لا يتمكن من نقض ملك الغير، وفيما نحن فيه إنما يضمن بإشغال الطريق لا باعتبار الملك والإشغال باقٍ بعد البيع ألا ترى أن ذلك الإشغال لو حصل من غير مالك كالمستأجر أو المعير أو الغاصب يضمن، وفي الحائط لا يضمن غير المالك. ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع قبل أن يفرغوا من العلم فقتل إنساناً فالضمان عليهم لأن التلف بفعلهم لأن العمل لا يكون مسلماً إلى رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة ويحرمون من الإرث بخلاف ما تقدم من المسائل من إخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف إلى الطريق فقتل إنساناً بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الإرث لأنه تسبب وهنا مباشرة والقتل غير داخل في عقده فلم يستند فعلهم إليه فاقتصر عليهم. قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: هذا على وجوه: إما إن قال لهم ابنوا لي جناحاً على فناء داري فإنه ملكي ولي منه حق إشراع الجناح إليه من القديم ولم تعلم الفعلة ثم ظهر بخلاف ما قال ثم سقط فأصاب شيئاً فالضمان على الآجر ويرجعون بالضمان على الآمر قياساً واستحساناً. سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده، لأن الضمان وجب على الفاعل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه كما لو استأجر شخصاً ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر فكذا هذا. وأما إذا قال لهم اشرعوا لي جناحاً على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق الشرع في القديم أو لم يخبرهم حتى بنوا ثم سقط فأتلف شيئاً؛ إن سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان عليهم ولم

....

يرجعوا به على الآمر قياساً، وإن سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك في جواب القياس لأن المستأجر أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا فساد أمره فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر رجلاً ليذبح شاة جاز له وأعلمه فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر، وكذا لو استأجرهم ليبنوا له بيتاً في وسط الطريق ثم سقط وأتلف شيئاً لم يرجعوا به على الآمر. وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث إنه لا يجوز بيعه فمن حيث إن الأمر صحيح يكون إقرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل، ومن حيث إنه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العلم عملاً بها، وإظهار شبهة الصحة بعد الفراغ من العلم أولى من إظهاره قبل الفراغ لأن أمر الآمر إنما لا يصلح من حيث إنه لا يملك الانتفاع بفناء داره وإنما حصل له ذلك بعد الفراغ من العمل. قوله «كما لو حفر بئراً في طريق فتلف به إنسان» أي القتل بسقوط الميزاب ونحوه كالقتل بحفر البئر ووضع الحجر في الطريق لأن كل واحد منهما قتل بسبب حتى لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الميزاب فيكون حكمه كحكمه فيما ذكرناه. قوله «حفر إلى آخره» حفر بئراً في الطريق فجاء آخر وحفر طائفة في أسفلها ثم وقع فيها إنسان ومات في القياس يضمن الأول وبه أخذ محمد، وفي الاستحسان يجب الضمان عليهما أثلاثاً. ولو حفر بئراً ثم جاء آخر ووسع رأسها فسقط فيها إنسان ومات كان الضمان عليهما أثلاثاً قالوا: تأويل المسألة أن الثاني وسع رأسها بحيث يعلم الناس أن الواقع إنما وقع في موضع بعضه من حفر الأول وبعضه من حفر الثاني، أما إذا وسع الثاني رأسها بحيث إنه إنما وقع في موضع حفر الثاني كان الضمان على الثاني وإن لم يدر فالضمان عليهما. قاضيخان: قوله «حفر إلى آخره» سقط إنسان فقال الحافر إنه ألقى نفسه وكذبه الورثة في ذلك كان القول قول الحافر في قول أبي يوسف أخراً وهو قول محمد لأن الظاهر أن البصير يرى موضع قدميه، وإن كان الظاهر أن الإنسان لا يوقع نفسه إلا إذا وقعت له شدة فلا يجب الضمان بالشك. قوله حفر بئراً في الطريق ثم كساها بالتراب أو بخضر أو بما هو من جنس الأرض يضمن الأول، ولو غطى رأسها وجاء آخر ورفع الغطاء فوقع فيها إنسان ضمن الأول، وقال قاضيخان: قيد بقوله «فتلف فيه» فلو لم يمت من ذلك بل مات جوعاً أو عطشاً أو غماً هل يضمن الحافر؟ لم يذكر محمد هذا وقد ذكر أبو يوسف في الإملاء خلافا فقال: على قول أبي حنيفة لا يضمن الحافر إذا مات جوعاً فالجواب كما قال أبو حنيفة، فأما إذا مات غماً فإنه يضمن الحافر. وفي الكبرى: والفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله.

وفي الذخيرة وقال محمد: يضمن في الحالتين. هذا إذا كان الحفر في طريق المسلمين، فأما إذا كان الحفر في فناء داره فوقع فيه إنسان فمات هل يضمن إن كان الفناء لغيره يكون ضامناً، وأما إذا حفر في ملكه أو كان له حق الحفر في القديم فكذا الجواب لا يضمن، وإن

....

لم يكن ملكاً له ولكن كان لجماعة المسلمين أو كان شركاً بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمن. قال في المنتقى: فناء دار الرجل ما كان في داره يحتاج إليه وإن كان في عرض سكته أو أعرض منها، فأما إذا أمر رجلاً أن يحفر له بئراً في أصل حائط جاره وفنائه فهذا كله فناء الآمر وفناء جاره الذي هو فناء له فهو فناؤهما، وإن كانت السكة غير نافذة فأمر بالحفر في موضع ليس له فيه منفعة ولا تحتاج إليه الدار وهذا ليس بفنائه، وإذا أوقع إنسان نفسه في البئر فلا ضمان على الحافر. شرح الطحاوي: ومن حفر بئراً على قارعة الطريق فوقع فيها دابة أو إنسان فتلف فالضمان على الحافر، ولو جاء إنسان فدفعه وألقاه في البئر وهلك فالضمان على الدافع دون الحافر. وفي الخانية: رجل حفر بئراً في ملكه ثم سقط إنسان فقتل الساقط ذلك الإنسان أو الدابة كان الساقط ضامناً دية أو قيمة من كان فيها، وإن كان البئر في الطريق كان الضمان على حافر البئر، فإذا حفر في ملك نفسه فسقوطه لا يكون ضامناً إلى الحافر وكان تلف السقوط عليه مضافاً إلى الساقط. وإذا حفر الرجل بئراً في طريق المسلمين ثم آخر حفر طائقة أخرى في أسفلها ثم وقع إنسان ومات فإنه ينبغي في القياس أن يضمن الأول وبه أخذ محمد، واختلف المشايخ في جواب الاستحسان فمنهم من قال جواب الاستحسان أن يكون الضمان على الأول والثاني، ومنهم من قال جواب الاستحسان أن يكون الضمان على الثاني خاصة إلا أن أصحابنا أخذوا بالقياس وكان كمن حفر بئراً على قارعة الطريق فجاء إنسان ووضع في البئر سلاحاً ثم جاء إنسان ووقع على السلاح ومات من ذلك فإن الضمان على الحافر. وسئل بعضهم عمن حفر في صحراء قرية التي هي لأهل القرية وهي مبيت دوابهم حفيرة يضع فيها الحنطة والشعير بغير إذن الباقين فجاء رجل وأوقد في الحفيرة ناراً كستها وذلك أيضاً بغير إذن الباقين فوقع فيها حمار فاحترق بالنار فالضمان على من يجب؟ فقال: على الحافر. قال: وهذا قياس ما نقل عن أصحابنا في كتاب الديات أن من حفر بئراً على قارعة الطريق وألقى رجل فيها حجراً بعدما وقع في البئر رجل فأصابه الحجر الذي في البئر فمات أن الدية على الحافر، ومثله لو وضع رجل حجراً على الأرض بقرب البئر فتعقل فيها إنسان ووقع فهلك فالدية على من وضع الحجر كأنه ألقاه في البئر فمات، ولو كان كذلك كان الضمان على الدافع. وكذلك ههنا هذا إذا وضع الحجر واضع، فأما إذا لم يضعه أحد ولكن كان الحجر راسخاً فتعقل به إنسان ووقع في البئر ومات فالضمان على الحافر لأنه متعد في التسبب وكان بمنزلة الماشي إذا وقع في البئر لم يعلم بالبئر فالضمان على الحافر، وإن كان الماشي دافعاً نفسه في البئر وأنه مباشر والحافر متسبب. وفي الظهيرية: وإن كان الحجر لم يضعه أحد لكنه حميل السيل جاء به فالضمان على الحافر ومن هذا الجنس ما ذكر في المنتقى: رجل حفر بئراً على قارعة الطريق فجاء إنسان وزلق بما صبه رجل آخر على الطريق ووقع في البئر ومات فالضمان على الذي صب الماء، فإن كان الماء ماء السماء

....

فعلى صاحب البئر، وإذا حفر الرجل بئراً في طريق مكة في الفيافي والمفازات في غير ممر الناس فوقع فيه إنسان فإنه لا ضمان له، وهذا بخلاف ما لو حفر في الطريق فإنه يصير ضامناً، فإذا حفر بئراً على قارعة الطريقة فوقع إنسان فسلم من الوقعة وطلب الخروج منها فتعلق حتى إذا كان في وسطها سقط وعطب فلا ضمان. ولو مشى في أسفلها فعطب بصخرة فيها، فإن كانت الصخرة في موضعها من الأرض فلا ضمان، وإن كان صاحب البئر قلعها من موضعها ووضعها في ناحية البئر فعلى صاحب البئر؛ هكذا ذكر في المنتقى.

شرح الطحاوي: وإذا حفر الرجل بئراً في الطريق فسقط فيه رجل فتعلق به آخر وتعلق الثاني بثالث وسقطوا جميعاً وماتوا جميعاً فهو على ثلاثة أوجه: إن ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض أو من وقوعهم ووقع بعضهم على بعض وقد علم كيفية الموت أو لم يعلم كيف ماتوا، فإن ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض فدية الأول على الحافر لأنه كالدافع ودية الثاني على الأول لأن الثاني مباشر ودية الثالث على الثاني، وإذا خرجوا أحياء وأخبروا عن حالهم ثم ماتوا فموت الأول على سبعة أوجه: أما إن مات من وقوعه لا غير فديته على الحافر، وإن مات من وقوع الثاني عليه فديته هدر لأنه قاتل لنفسه بجره، وإن مات من وقوع الثالث عليه فديته على الثاني لأنه هو جر الثالث، وإن مات من وقوع الثاني والثالث فنصف ديته هدر ونصفها على الثاني، وإن مات من وقوعه ووقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثاني، وإن مات من وقوعه ووقوع الثاني والثالث فالثلث هدر لأنه قتل نفسه بجر الثاني عليه والثلث على الحافر لأنه كالدافع والثالث على الثاني بجر الثالث مباشرة، وأما الحكم في الثاني، فإن مات بوقوع والثالث عليه فديته هدر لأنه جره إلى نفسه، وإن مات من وقوع الأول عليه فديته على الأول لأنه صار كالدافع للثاني في البئر، وإن مات من وقوع الأول والثالث معاً فنصف ديته هدر لجره الثالث إلى نفسه ونصفها على عاقلة الأول لجره الأول وإيقاعه في البئر، وأما دية الثالث فعلى الثاني لجر الثاني له. هذا إذا كان يدري حال وقوعهم، فأما إذا كان لا يدري فلا يخلو إما أن يكون بعضهم على بعض أو وجدوا متفرقين؛ فإن كانوا متفرقين فدية الثالث على الثاني ودية الثاني على الأول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد رحمه الله تعالى، وفي قول آخر لم يبين محمد قائله في الأصل ويقال هو قول أبي يوسف وهو الاستحسان أن دية الأول أثلاثاً؛ ثلث على صاحب البئر وثلث على الثاني لأنه جر الثالث عليه وثلث هدر لأنه الأول هو الذي جر الثاني ودية الثاني نصفان؛ نصف على الأول لأنه هو الذي جره، ونصف هدر لأنه جر الثالث إلى نفسه، ودية الثالث على الثاني. عبد حفر بئراً على قارعة الطريق فجاء إنسان ووقع فيها فعفا عنه الولي ثم وقع فيها آخر فعلى المولى أن يدفع كله أو يفديه في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يدفع إليه نصف لأنهما وقعا معاً فعفا عنه أحد الوليين. رجل مات وترك داراً وعليه من الدين ما

....

يستغرق قيمتها فحفر فيها ورثته فهو ضامن لنقصان الحفر للغرماء، فإن وقع فيها إنسان فعليه ضمان ذلك على عاقلته. وفي المنتقى محمد عن أبي يوسف في عبد حفر بئراً ثم أعتقه مولاه ثم وقع العبد المعتق في البئر ومات قال: على المولى قيمته لورثته. قال محمد: لا أرى عليه شيئاً ولو أعتقه المولى أولاً ثم حفر ووقع فيها فلا شيء على المولى بلا خلاف. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: مكاتب حفر بئراً في الطريق ثم قتل إنساناً فقضى عليه بقيمته ثم وقع في البئر إنسان ومات قال: يشارك الساقط في البئر الذي أخذ القيمة فيها قال: وكذلك المدبر. قال: وإذا جاء ولي الساقط في البئر فأخذ الذي أخذ قيمة المدبر من مولاه لم يكن بينه وبينه خصومة ولا أقبل بينة عليه، وإنما أقبل بينة على مولى المدبر فإذا زكت كذا في المولى يرجع على الذي أخذ القيمة بنصفها. وفي التجريد: ولو كان الحافر مدبراً أو أم ولد وقضى على المولى بقيمة واحدة تعتبر القيمة يوم الحفر ولا يعتبر بزيادة القيمة ونقصانها، وأما المكاتب فتلزمه الجنايات وتعتبر قيمته يوم الحفر. ولو كان الحافر عبداً فالجنايات كلها في رقبته ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء بجميع الأروش، فإن أعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع ثم لحقته الجنايات فعلى المولى قيمته يوم عتق يشترك فيها أصحاب الجنايات التي كانت بعد العتق وقبله يضرب في ذلك كل واحد بقدر أرض جنياته ولو لم يعتق ولكن وقع واحد ومات فيدفع به ثم وقع ثان وثالث فيشتركوا مع المدفوع إليه الأول في رقبته بقدر حقوقهم. ولو أن عبداً قتل إنساناً ودفعه المولى به ثم وقع إنسان في بئر كان حفرها العبد قبل ذلك عند الدافع فالعبد يدفع نصفه إلى ولي الساقط في البئر أو يفديه بالدية، ولو عفا ولي الساقط في البئر لم يدفع إلى المولى شيء من العبد ولا خصومة من هذه المسألة بين المولى الأول وإنما يخاصم الذي في يده العبد. وفي الخانية: ولو أن رجلاً حفر بئراً في سوق العامة أو بنى فيه دكاناً فعطب به شيء، فإن فعل ذلك بأذن الإمام لا يكون ضامناً، وبغير إذنه يكون ضامناً كما لو أوقف دابته في السوق في موضع معد للدابة فأوقف الدابة في ذلك الموضع إن عينوا ذلك الموضع بإذن السلطان فعطب لا يكون ضماناً. وإن لم يكن بإذن السلطان كان ضامناً لأن السلطان إذا أذن بذلك يخرج ذلك الموضع عن أن يكون طريقاً فتعين لإيقاف الدواب، وبغير إذن السلطان لا يخرج من أن يكون طريقاً. ولو أن مدبراً حفر بئراً في الطريق ثم أعتقه المولى أو مات المولى حتى عتق المدبر بموته ثم أوقع نفسه كان للمشتري قيمته على البائع، وكذا لو كان المدبر عبداً وأعتقه المولى وقد ذكر هذه المسألة على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد، وإذا حفر الرجل نهراً في غير ملكه فأكسر من ذلك النهر ماء يغرق أرضاً أو قرية كان ضامناً، ولو كان في ملكه فلا ضمان. رجل سقى أرضه من نهر العامة وكان على نهر العامة أنهار صغار مفتوحة فوهاتها ودخل الماء في الأنهار الصغار وفسد بذلك أرض قوم. قال شيخ الإسلام الأجل ظهير الدين: يكون ضامناً لأنه أجرى الماء فيها.

بأمر السلطان أو في ملكه أو وضع خشبة فيها أو قنطرة بلا إذن الإمام فتعمد الرجل

قال رحمه الله: **(ولو بهيمة فضمانها في ماله)** أي لو كان الهالك في البئر أو بسقوط الجرصن بهيمة يكون ضمانها في ماله لأن العاقلة لا تتحمل ضمان المال وإبقاء الميزاب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لأن كل واحد من ذلك مسبب بطريق من التعدي بخلاف ما إذا كان في ملكه لعدم التعدي، وبخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعد فيه لأنه لم يحدث فيه شيئاً وإنما قصد إماطة الأذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق فعطب بها إنسان ضمن لوجود التعدي بشغله الطريق. ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فتلف به نفس أو مال كان ضمانه على من نحاه لأن فعل الأول قد انتسخ، وكذا إذا صب الماء في الطريق أو رش أو توضأ فعطب به نفس أو مال يضمن لأنه متعد فيه بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد فيه أو وضع خشبة أو متاعة لأن الكل واحد من أهله أن يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكن كما في الدار المشتركة بخلاف الحفر لأنه ليس من ضرورات السكن فيضمن ما عطب به كالدار المشتركة غير أنه لا يضمن في السكة ما نقص بالحفر، وفي الدار المشتركة يضمن لأن لشريكه ملكاً حقيقة في الدار حتى يبيع نصيبه ويقسم بخلاف السكة قالوا: هذا إذا رش ماء كثيراً بحيث يزلق منه عادة، وأما إذا لم يجاوز المعتاد لا يضمن. ولو تعمد المرور في موضع الصب مع علمه به لا يضمن الراش لأنه هو الذي خاطر بنفسه فصار كمن وثب في الطريق من جانب إلى جانب فوقع فيها بخلاف ما إذا كان بغير علمه بأن كان ليلاً أو أعمى، وقيل يضمن مع العلم أيضاً إذا رش جميع الطريق لأنه مضطر إلى المرور فيه، وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في جميع أجزاء الطريق أو بعضه، ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحساناً. قال رحمه الله: **(ومن جعل بالوعة في طريق بأمر السلطان أو في ملكه أو وضع خشبة فيها)** أي في الطريق **(أو قنطرة بلا إذن الإمام فتعمد الرجل المرور عليها لم يضمن)** أما بناء البالوعة بأمر الأمام أو في ملكه ووضع الخشبة فلأنه ليس بمتعد، وأما بناء القنطرة فلأن الباني فوت حقاً على غيره فإن التدبير في وضع القنطرة من حيث تعيين المكان للإمام فكانت جناية بهذا الاعتبار فتعمد رجل المرور عليها لم يضمن ووضع الخشبة والقنطرة وإن وجد التعدي منه فيهما لكن تعمده المرور عليهما يسقط النسبة إلى الواضع لأن الواضع متسبب والمار مباشر فصار هو صاحب علة فلا يعتبر التسبب معه وقد بيناه فيما مضى. وإن استأجر أجراء يحفرون له في غير فنائه فضمانه على المستأجر ولا شيء على الآجر إن لم يعلموا أنه في غير فنائه لأن أمره قد صح إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إلى الآمر لأنهم مغرورون من جهته فصار كما إذا أمر أجيراً بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره يضمن المأمور ويرجع به على الآمر لكونه مغروراً من جهته،

وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما متسبب والأجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه، فإن علموا بذلك فالضمان على الآجر لأن أمره لم يصح لأنه لا يملك أن يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمهم بذلك فبقي الفعل مضافاً إليهم، ولو قال لهم هذا فنائي وليس لي حق الحفر فيه فحفروا فمات فيه إنسان فالضمان على الأجراء قياساً لأنهم علموا بفساد الأمر فلم يغرهم. وفي الاستحسان الضمان على المستأجر لأن كونه فناء لهم بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده بالتصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان آمراً بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا فكذا ينقل إليه. وقال شيخ الإسلام: إذا كان الطريق معروفاً أنه للعامة ضمنوا سواء قال لهم أو لا، وإذا استأجر الرجل أجيراً ليحفر له بئراً فحفر له الأجير ووقع فيها إنسان ومات فهذا على وجهين: الأول أن يستأجر الأجير ليحفر له بئراً في الطريق فإنه على وجهين: الأول أن يكون طريقاً معروفاً لعامة المسلمين يعرفه كل أحد، وفي هذا الوجه يجب الضمان على الأخير سواء علمه المستأجر بذلك أو لم يعلمه. وإن كان الطريق لعامة المسلمين إلا أنه طريق غير مشهور، فإن أعلم المستأجر الأجير بأن هذا الطريق لعامة المسلمين فكذا الجواب أيضاً، فأما إذا لم يعلم فالضمان على الآمر لا على الأجير، وهذا بخلاف ما لو استأجر أجيراً لذبح شاة فذبحها ثم علم أن الشاة لغير الآمر فإن الضمان على الأجير، أعلمه المستأجر بأن الشاة لغيره أو لم يعلمه، ثم يرجع إذا لم يعلم. الوجه الثاني إذا استأجره ليحفر له بئراً في الفناء وقد تقدم بيانه، وفي الفتاوى الخلاصة: إذا استأجر رجلاً ليبني له أو ليحدث له شيئاً في الطريق أو يخرج حائطاً فما عطب به من نفس أو مال فذلك على المستأجر دون الأجير استحساناً إلا إذا سقط من يده لبن فأصاب إنساناً فقتله تجب الدية على عاقلة الذي سقط من يده وعليه الكفارة، وفي السغناقي: من حفر بئراً على قارعة الطريق فجاء آخر وخاطر بنفسه ووثب من أحد الجانبين إلى الجانب الآخر ووقع فيه ومات لم يضمن الحافر شيئاً. وفي المنتقى: رجل جاء بقوم إلى طريق من طرق المسلمين وقال احفروا إلى هنا بئراً أو قال ابنوا لي هنا ولم يقل غيره فإن ضمان ما عطب به من ذلك على الآمر دون الفاعل ذكر المسألة مطلقاً، وتأويلها ما إذا لم يكن الطريق مشهوراً لعامة المسلمين ولم يعلمه المستأجر بذلك كما ذكر شيخ الإسلام، وذكر عقيب هذه المسألة: رجل جاء لقوم وقال احفروا في هذا الطريق بئراً ولم يقل لي ولم يقل أستأجر على ذلك وظنوا أنه الآمر، وكذلك لو أدخلهم داراً وقال لهم احفروا فيها فحفروا ظنوا أنها دار الآمر فهو على أن يقول إن استأجرهم على ذلك. وذكر بعد هذا بشر بن الوليد عن أبي يوسف: رجل استأجر رجلاً فحفر له في غير فنائه فالضمان في رقبة العبد، علم العبد بذلك أم لا. ولو استأجر مكاتباً أو عبداً محجوراً عليه لحفر بئر فوقعت البئر عليهما وماتا فالضمان على المستأجر في الحر لا في المكاتب ويضمن قيمة العبد لمولاه، فإذا

المرور عليها لم يضمن ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان ضمن فلو كان رداء قد لبسه فسقط لا مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلاً أو جعل فيها بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وإن كان من غيرهم ضمن وإن جلس فيه رجل منهم

أخذ القيمة دفع المولى القيمة إلى ورثة الحر والمكاتب فيضرب ورثة الحر في قيمته بثلث الدية وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب ثم يرجع المالك على المستأجر بقيمة العبد مرة فيسلم له وللمستأجر أن يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد ويأخذ أولياء المكاتب من الحر ثلث قيمة المكاتب، ثم يؤخذ من المكاتب مقدار قيمته فيكون بين ورثة الحر والمستأجر يضرب ورثة الحر بثلث ديته والمستأجر بثلث قيمة العبد.

قال رحمه الله: **(ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان ضمن)** سواء تلف بالوقوع أو بالعثرة به بعد الوقوع لأن حمل المتاع في الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي إلى الهدف أو الصيد. قال رحمه الله: **(فلو كان رداء قد لبسه فسقط لا)** أي لو كان المحمول رداء قد لبسه فسقط على إنسان فعطب به لا يضمن، والفرق بينه وبين الشيء المحمول أن الحامل يقصد حفظه فلا يخرج بالتقييد بوصف الصلاة واللابس يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل في حقه مباحاً مطلقاً. وعن محمد: إذا لبس زيادة على قدر الحاجة وما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع من الحديد في غير الحرب ضمن لأنه لا ضرورة إلى لبسه وسقوط الضمان باعتبارهما العموم البلوى. قال رحمه الله: **(مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلاً أو جعل فيها بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وإن كان من غيرهم ضمن)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يضمن في الوجهين لأن هذه قربة يثاب عليها الفاعل فصار كأهل المسجد وكما لو كان بإذنهم، وهذا لأن بسط الحصير وتعليق القنديل من باب التمكين من إقامة الصلاة فيه فيكون من باب التعاون على البر والتقوى فيستوي فيه أهل المسجد وغيرهم. وله أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختار المتولي رفع بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة حتى لا يعتد بمن سبقهم في حق الكراهة وبعدهم يكره فكان فعلهم مباحاً مطلقاً من غير قيد بشرط السلامة وفعل غيرهم مقيد بها وقضية القربة لا تنافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا انفرد بالشهادة على الزنا، وكما إذا وقف على الطريق لإماطة الأذى ولدفع المظالم فعثر به غيره يؤجر على ذلك ويغرم والطريق فيه الاستئذان من أهله. وقال الحلواني: أكثر المشايخ أخذوا بقولهما وعليه الفتوى. وعن ابن سلام: باني المسجد أولى بالعمارة، والقوم أولى بنصب الإمام والمؤذن. وعن الاسكافي أن الباني أحق به. قال أبو الليث: وبه نأخذ إلا أن ينصب شخصاً والقوم يرون من هو أصلح لذلك. وفي الجامع الصغير: أو حصيراً. وفي الذخيرة: أو حفر بئراً فعطب به إنسان لا شيء عليه، وإن كان الحافر من غير العشيرة ضمن

....

ذلك كله؛ هذا هو لفظ هذا الكتاب. وفي الأصل يقول: وإذا احتفر أهل المسجد في مسجدهم بئراً لماء المطر أو علقوا فيه قناديل أو جعلوا فيه حباً يصب فيه الماء أو طرحوا فيه حصاً أو ركبوا فيه باباً فلا ضمان عليهم فيمن عطب بذلك، فأما إذا أحدث هذه الأشياء من هو من غير أهل المحلة فعطب به إنسان فهذا على وجهين: إما أن يفعلوا بغير إذن أهل المحلة إن أحدثوا شيئاً أو حفروا بئراً فعطب فيها إنسان فإنهم يضمنون بالإجماع، فأما إذا وضعوا حباً ليشربوا منه منه الماء أو بسطوا حصيراً أو علقوا قناديل بغير إذن أهل المحلة فتعقل إنسان بالحصير فعطب أو وقع القنديل وأحرق ثوب إنسان أو أفسده قال أبو حنيفة: إنهم يضمنون. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمنون.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: وأكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسألة وعليه الفتوى. قال فيه أيضاً: إذا قعد الرجل في المسجد لحديث أو نام فيه أو قام فيه بغير الصلاة أو مر فيه مار لحاجة من الحوائج فعثر به إنسان فمات قال أبو حنيفة رحمه الله بأنه ضامن، وقال أبو يوسف ومحمد بأنه لا ضمان عليه إلا أن يمشي فيه على إنسان، فأما إذا قعد لعبادة بأن كان ينتظر الصلاة أو كان قعد للتدريس وتعليم القضاء وللاعتكاف أو قعد لذكر الله تعالى وتسبيحه وقراءة القرآن فعثر به إنسان فمات هل يضمن؟ على قول أبي حنيفة لا رواية لهذ في الكتاب والمشايخ المتأخرون اختلفوا فيه؛ فمنهم من يقول يضمن عند أبي حنيفة وإليه ذهب أبو بكر الرازي، وقال بعضهم لا يضمن وإليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني. فأما إذا كان يصلي فعثر به إنسان فلا ضمان عليه، سواء كان يصلي الفرض أو التطوع، السغناقي. قال الفقيه أبو جعفر: سمعت أبا بكر البلخي يقول: إن جلس لقراءة القرآن معتكفاً في المسجد لا يضمن عندهم جميعاً. وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير: إن جلس للحديث فعطب به رجل يضمن بالإجماع لأنه غير مباح له؛ الذخيرة. وفي المنتقى رواية مجهولة: وإذا فرش الرجل فرشاً في المسجد ونام عليه فعثر رجل بالنائم فلا ضمان، ولو عثر بالفراش فهو ضامن. وفيه أيضاً رواية مجهولة: إذا بنى مسجداً في طريق المسلمين بغير أمر السلطان فعطب بحائطه فهو ضامن في قول أبي حنيفة، وكذلك في قول أبي يوسف إذا كان في الطريق الأمصار حيث يكون تضييقاً أو اضراراً، وإن كان في الصحراء بحيث لا يضر بالطريق غير أنه في أفنية المصر فلا ضمان عليه استحساناً، ولو أن رجلاً أخرج من داره مسجداً وبنى كان أولى الناس من أهل المحلة وغيرهم بإصلاحه والإسراج وليس لأحد أن يشركه فيه بإذنه. وعن أبي يوسف برواية بشر عن أبي حنيفة لأهل المسجد أن يهدموا مسجدهم ويهدموا بناءه وليس لغيرهم أن يفعل ذلك إلا برضاهم. قال محمد في الجامع الصغير في رجل جعل قنطرة على نهر بغير إذن الإمام فمر عليها رجل متعمداً فوقع فعطب فلا ضمان عليه؛ هكذا ذكر المسألة هنا.

فعطب به آخر ضمن إن كان في غير وقت الصلاة وإن كان فيها لا.

واعلم أن هذه المسألة على وجهين: أما إذا كان النهر مملوكاً أو لم يكن مملوكاً، فلو كان مملوكاً له فلا ضمان وإن صار مسبباً للتلف لأنه غير متعد في هذ السبب، وإن لم يكن النهر مملوكاً له فهذا على وجهين: إن كان نهراً خاصاً لأقوام مخصوصين فلا ضمان عليه إن كان تعمد المرور عليها، وإن لم يتعمد المرور عليها. وفي الكافي: بأن كان أعمى أو مر ليلاً فهو ضامن وصار الجواب فيه كالجواب فيما إذا حفر بئراً في ملك إنسان فوقع فيها إنسان، أما إذا كان نهراً عاماً لجماعة مسلمين وقد فعل ذلك بغير إذن الإمام فالجواب فيه كالجواب فيما لو نصب جسراً أو قنطرة على نهر خاص لأقوام معينين؛ هكذا ذكر في ظاهر الرواية. وروي عن أبي يوسف في غير رواية بشر إلا إذا كان النهر عاماً لجماعة مسلمين فإنه لا ضمان على واضع القنطرة والجسر سواء علم الماشي عليه فانخرق به فمات إن تعمد المرور عليها لا ضمان على واضع القنطرة، وإن لم يعلم المار به ضمن كمن نصب خشبة في طريق فمر به كان ضامناً قالوا: إن كانت الخشبة الموضوعة صغيرة بحيث لا يوطأ على مثلها لا يضمن واضعها لأن الوطء على هذه الخشبة بمنزلة تعمد الزلق. وإن كانت الخشبة كبيرة يوطأ على مثلها يضمن واضعها. هذا إذا كان النهر خاصاً لأقوام مخصوصين، فإن كان النهر لعامة المسلمين في ظاهر الرواية يكون ضامناً، وعن أبي يوسف أنه يكون ضامناً. قال التمرتاشي: لو ضاق المسجد بأهله لهم أن يمنعوا من ليس من أهله من الصلاة. وفي العيني على الهداية: ولا يمتنع أن يكون المسجد لعامة المسلمين ويختص أهله بتدبيره ألا ترى أن رسول الله ﷺ أخذ مفاتيح الكعبة من بني شيبة فأمره الله تعالى أن يردها إليهم بقوله تعالى ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء: ٥٨]. قال رحمه الله: **(وإن جلس فيه)** أي في المسجد **(رجل منهم فعطب به آخر ضمن إن كان في غير وقت الصلاة وإن كان فيها لا)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يضمن على كل حال وقد تقدم بيان ذلك؛ لهما أن المساجد بنيت للصلاة والذكر قال الله تعالى ﴿في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه﴾ [النور: ٣٦] وقال تعالى ﴿وأنتم عاكفون في المساجد﴾ [البقرة: ١٨٧] فإذا بنيت لها لا يمكنه أداء الصلاة مع الجماعة إلا باستنظارها فكان الجلوس فيه من ضرورتها فيباح له، ولأن المنتظر للصلاة في الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام «المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها»[1] وتعليم الفقه وقراءة القرآن عبادة كالذكر. وله أن المسجد بني للصلاة وغيرها من العبادة تبع بدليل أن المسجد إذا ضاق على المصلي كان له أن يزعج القاعد عن موضعه حتى

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الصلاة باب ٢٠١. الترمذي في كتاب الجمعة باب ٢. النسائي في كتاب المساجد باب ٤٠. الموطأ في كتاب الجمعة حديث ١٦. أحمد في مسنده (٥/ ٤٥١، ٤٥٣) (٢/ ٢٦٦، ٢٨٩).

فصل

حائط مال إلى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال إن طالب بنقضه مسلم أو ذمي ولم ينقضه في مدة يقدر على نقضه وإن بناه مائلاً ابتداء ضمن ما تلف

يصلي فيه وإن كان القاعد مشتغلاً بذكر الله تعالى أو بالتدريس أو معتكفاً وليس لأحد أن يزعج المصلي من مكانه الذي سبق إليه لما أنه بنى لها، واسمه يدل عليه لأن المسجد اسم لموضع السجود، وفي العادة أيضاً لا يعرف بناء المسجد إلا للصلاة فإذا كان كذلك فلا بد من إظهار التفاوت بينهما فكان الكون فيه في حق الصلاة مباحاً مطلقاً من غير تقييد بشرط السلامة، وفي حق غيرها مقيد بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين الأصل وبين التبع ولا يبعد أن يكون الفعل قربة مقيداً بشرط السلامة ألا ترى أن من وقف في الطريق لا صلاح ذات البين قربة في نفسه ومع هذا مقيد بالسلامة في الصحيح. وذكر صدر الأسلام أن الأظهر ما قالاه لأن الجلوس من ضرورة الصلاة فيكون ملحقاً بها لأن ما ثبت ضرورة لشيء يكون حكمه كحكمه. وفي العيني على الهداية: وبه أخذ مشايخنا. وفي الذخيرة: بقولهما يفتى. وذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة أن الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وإنما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث والله أعلم.

فصل

وفي الحائط المائل: لما ذكر رحمه الله تعالى أحكام القتل الذي يتعلق بالإنسان مباشرة وتسبباً شرع في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل، وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقديماً للحيوان على الجماد إلا أن الحائط المائل لما ناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائلة بها، ولهذا عبر بلفظ الفصل لا بلفظ الباب؛ كذا في النهاية وغيرها. قال رحمه الله: **(حائط مال إلى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال إن طالب بنقضه مسلم أو ذمي ولم ينقضه في مدة يقدر على نقضه)** وهذا استحسان. والقياس أن لا يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لأنه لم يوجد منه صنع هو فعل ولا مباشرة علة ولا مباشرة شرط أو سبب والضمان باعتبار ذلك فصار كما إذا لم يشهد عليه وبطل نقضه منه. ووجه الاستحسان ما روي عن علي وعن شريح والنخعي وغيرهم من أئمة التابعين ما قلنا، ولأن الحائط لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه ورفعه في قدرته، فإذا طولب برفعه لزمه ذلك، فإذا امتنع مع التمكن منه صار متعدياً فيلزمه موجبه، ولأن الضرر الخاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالكفار إذا تترسوا بالمسلمين ثم ما تلف به من النفوس تحمله العاقلة لئلا يؤدي إلى الإجحاف. وقال محمد: لا تتحمل العاقلة

....

حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء: على التقدم في النقض، وعلى أنه مات بالسقوط عليه، وعلى أن الدار لفلان وما تلف به من الأموال فضمانه عليه لأن العاقلة لا تتحمل المال والشرط الطلب للنقض منه دون الإشهاد وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند الجحود أو جحود العاقلة فكان من باب الاحتياط ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب النقض من أن يقول حائطك هذه مخوف أو مائل فأهدمه حتى لا يسقط، وكذلك لو قال اشهدوا أني تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا يصح أيضاً. ولو قال ينبغي لك أن تهدمه فليس هذا بطلب ولا إشهاد ويشترط أن يكون طلب التفريع إلى من له ولاية النقض كالمالك والأب والجد والوصي في ملك الصغير والعبد التاجر كان عليه دين أو لا، وإلى الراهن في الدار المرهونة لأن القادر على الهدم وإلى المكاتب، ثم إن تلف حال بقاء الكتابة تجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد العتق على عاقلة المولى، وبعد الحجر لا يجب على أحد لعدم قدرة المكاتب ولعدم الإشهاد على المولى، ولو تقدم إلى من يسكن أو للمرتهن أو للمولى لا يعتبر حتى لو سقط وأتلف شيئاً لا يضمن الساكن ولا المالك، ويشترط دوام القدرة إلى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الإشهاد برئ عن الضمان لعدم قدرته على النقض، ولا يصح الإشهاد قبل أن يميل لانعدام سببه. وسوّى في المختصر بين أن يطالب بالنقض مسلم أو ذمي لأن حق المرور للكل بخلاف العبيد والصبيان لعدم قدرتهم على النقض إلا إذا أذن لهم المولى في الخصومة فحينئذ جاز طلبهم وإشهادهم لأنهم التحقوا بالبالغ، ثم بعد الإشهاد تكون الخصومة عند سلطان أو نائبه. ولو جن بعد الإشهاد مطبقاً أو ارتد ولحق فقضى القاضي به ثم عاد مسلماً ورد عليه الدار ثم سقط الحائط بعد ذلك وأتلف إنساناً كان هدراً، وكذا لو أفاق المجنون، وكذا إذا ردت عليه بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية لا يجب الضمان إلا بإشهاد مستقبل، ولو كان بعض الحائط صحيحاً وبعضه واه فأشهد عليه فسقط الواهي وغير الواهي وقتل إنساناً يضمن صاحب الحائط إلا أن يكون الحائط طويلاً بحيث وهي بعضه ولم يوه البعض فحينئذ يضمن ما أصاب الواهي ولا يضمن ما أصابه الذي لم يوه لأنه إذا كان كذلك صار بمنزلة حائطين أحدهما صحيح والآخر مائل وأشهد عليهم فلم يسقط المائل وسقط الصحيح فيكون هدراً.

وفيه أيضاً: اللقيط له حائط مائل وأشهد عليه فسقط الحائط وأتلف إنساناً كان دية القتيل في بيت المال لأن ميراثه يكون لبيت المال، وكذا الكافر إذا أسلم. وإذا كان الرجل على حائط له والحائط مائل أو غير مائل فسقط الرجل بالحائط من غير فعله وأصاب إنساناً فقتله كان ضامناً لما هلك بالحائط إن كان أشهد عليه في نقضه، ولا ضمان عليه فيما سواه. وإن كان هو الذي سقط من أعلى الحائط على إنسان من غير أن يسقط به الحائط وقتل أنساناً

....

كان هو ضامناً دية المقتول، إن مات الساقط بمن كان في الطريق، فإن كان يمشي في الطريق فلا ضمان عليه لأنه غير متعد في المشي، وإن كان واقفاً في الطريق قائماً أو قاعداً كانت دية الساقط عليه. قيد بقوله «طولب بنقضه» لأنه لو سقط وأتلف قبل أن يطالب بنقضه لا يضمن. وفي شرح الطحاوي: ولو أنكرت العاقلة أن تكون الدار له لا عقل عليهم ولا يضمن حتى يشهدوا على التقويم عليه وعلى أنه مات من سقوط الحائط عليه وأن الدار له، فإذا أنكرت العاقلة واحداً من هذه الأشياء الثلاثة فلا تعقل، ولو أقر رب الدار بهذا الأشهاد الثلاثة تلزم في ماله ولا تجب على العاقلة. وفي المنتقى: رجل ادعى داراً في يد رجل وفيها حائط مائل يخاف سقوطه من الذي يقدم إليه فيه ويشهد عليه بعد بينة المدعي قال: يؤخذ الذي في يده الدار بنقضه ويشهد عليه بميله هو بمنزلة دار ادعاها وأقام البينة لم يترك البينة فإنه يتقدم بنقضه الذي في يده ثم زكيت البينة ضمن تقدم له القيمة. قال في الجامع الصغير: أشهد عليه في حائط مائل له فذهب يطلب من يهدمه وكان في ذلك حتى سقط الحائط لا يضمن شيئاً. وفيه أيضاً: رجل أشهد عليه في حائط مائل إلى دار رجل فسأل صاحب الحائط المائل من القاضي أن يؤجله يومين أو ثلاثة أو ما أشبه ذلك ففعل القاضي ذلك ثم سقط الحائط وأتلف شيئاً كان الضمان واجباً على صاحب الحائط، ولو وجد التأجيل من صاحب الدار فوقع الحائط في مدة التأجيل وأفسد شيئاً لا يجب الضمان، ولو سقط الحائط بعد مدة التأجيل كان ضامناً. وفيه أيضاً: رجل أشهد عليه في حائط مائل في الطريق الأعظم وطلب صاحب الحائط من القاضي أن يؤجله يوماً أو يومين أو ثلاثة ففعل القاضي ذلك ثم سقط الحائط المائل فأتلف شيئاً كان الضمان واجباً، وكذلك في هذه المسألة، ولو لم يؤخره القاضي ولكن أخرء الذي أشهد عليه لا يصح لا في حق غيره ولا في حق نفسه. وفي نوادر ابن رستم: مسجد مائل حائطه فأشهد على الذي بناه. فإن وقع ذلك على رجل فقتله فالدية على العاقلة. ولو أشرع المكاتب كنيفاً أو جناحاً من حائط مائل إلى طريق المسلمين ثم أدى الكتابة وعتق ثم وقع ذلك على إنسان فقتله كان على المكاتب الأقل من دية المقتول ومن قيمته يوم الإشراع. قال في الكتاب: لو أن رجلاً أعتقه مولاه لعتاقة رجل وأبو عبد أشهد عليه في حائط مائل فلم ينقضه حتى عتق الأب ثم سقط الحائط وقتل إنساناً فديته على عاقلة الأب، ولو سقط قبل عتق الأب فالدية على عاقلة الأم بمثله. ولو أشرع كنيفاً ثم عتق أبوه ثم وقع الكنيف على إنسان وقتله فالدية على عاقلة الأم. رجل أشهد عليه في حائط مائل فسقط في الطريق وعثر رجل بنقض الحائط ومات فديته على عاقلة صاحب الحائط وهذا قول محمد. وفي شرح الطحاوي: ولو أشهد على حائط فسقط فما سقط بنقضه فإنه يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: ما تلف بالنقض لا يضمن إلا إذا اشهد على النقض. ولو سقط الحائط على رجل فقتله أو عثر رجل بنقض الحائط ومات ثم عثر رجل بالقتيل فلا

بسقوطه بلا طلب وإن مال إلى دار رجل فالطلب إلى ربها فإن أجله أو أبرأه صح حائط

ضمان عليه ولا على عاقلة صاحب الحائط، ولو كان مكان الحائط جناح أخرجه إلى الطريق فوقع على الطريق فعثر إنسان بنقضه فمات وعثر رجل آخر بالقتيل ومات أيضاً فدية القتيلين جميعاً على صاحب الجناح. حائط مائل لرجل أشهد عليه في الحائط ثم إن صاحب الحائط وضع جرة لغيره على الحائط فسقط الحائط ورميت الجرة وأصابت إنساناً فقتلته فدية المقتول على صاحب الحائط، ولو عثر بالجرة وبنقضها أحد فلا ضمان على أحد. ولو باع الدار بعد الإشهاد عليه في الحائط ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية أو بخيار رؤية أو بخيار شرط أو بخيار عيب بقضاء القاضي. وفي الخانية: وغيره ثم سقط الحائط على إنسان وقتله فإنه لا ضمان عليه. وفي الخانية: إلا بإشهاد مستقبل بعد الرد، ولو كان الخيار للبائع ثم سقط الحائط وأتلف شيئاً كان ضامناً لأن خيار البائع لا يبطل ولاية الإصلاح فلا يبطل الإشهاد، ولو أسقط البائع خياره وأوجب البيع بطل الإشهاد لأنه أزال الحائط عن ملكه، وفي اخراج الكنيف والجناح والميزاب لا يبطل الضمان بشيء من هذه الأشياء. وفي الكافي: لا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه في الهدم، فإذا أشهد على المشتري بعد شرائه فهو ضامن. وفي شرح الطحاوي: ولو مال إلى سكة غير نافذة فالخصومة إلى واحد من أهل السكة، ولو مال إلى دار جاره فالخصومة إلى صاحب تلك الدار وإن مستعيراً أو مستأجراً فالإشهاد إلى السكان وليس إلى غيرهم.

قال رحمه الله: **(وإن بناه مائلاً ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب)** لأنه تعدى بالبناء فصار كشراع الجناح ووضع الحجر وحفر البئر في الطريق. أطلق المؤلف في الميلان ولم يفرق بين يسيره وفاحشه. وفي المنتقى: إنْ كان يسيراً وقت البناء لا يضمن لأن الجدار لا يخلو عن يسير الميلان وإن كان فاحشاً يضمن وإن كان لم يتقدم أحد يطلب منه النقض، ولو شغل الطريق بأن أخرج جذعاً فيها فهو على التفصيل، ومن المشايخ من لا يفصل في الجذع ولا في الميلان. وفي المنتقى قال محمد: حائط مائل تقدم إلى صاحبه فيه فلم يهدمه حتى ألقته الريح فهو ضامن، وليس هذا كحجر وضعه إنسان على الطريق وقلبه الريح من موضع إلى موضع فعثر به إنسان فإنه لا يضمن. وإذا أقرت العاقلة أن الدار له ضمنوا الدية كما لو أقر بجناية خطأ وصدقته العاقلة في ذلك، وكذلك الجناح والميزاب يشرعه الرجل من داره في الطريق فوقع على إنسان ومات وأنكرت العاقلة أن تكون الدار له وقالوا: وإنما أمر رب الدار بإخراج الجناح فلا ضمان عليهم إلا أن تقام البينة أن الدار له، وذلك لأن إخراج الجناح من الدار التي في يده إنما يوجب الضمان على العاقلة إذا أخرج من داره إلى الطريق لا بالبينة ولا بإقرار العاقلة كأن أقر رب الدار له وكذبته العاقلة لا يعقل. وفي قاضيخان: رجل تقدم إليه في حائط مائل له فلم ينقضه حتى وقع على حائط جاره وهدمه فهو ضامن من الحائط الجار

بين خمسة أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن خمسة الدية دار بين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئراً أو بنى حائطاً فعطب به رجل ضمن ثلثي الدية.

ويكون ربها بالخيار إن شاء ضمنه قيمة حائطه والنقض له، وإن شاء أخذ النقض وضمنه النقصان، ولو أراد أن يجبره على البناء كما كان ليس له ذلك. وفي الكافي: وما تلف بوقوع الأول والثاني فعلى مالك الأول، ولم يذكر محمد رحمه الله قيمة الحائط؛ حكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني قال: تقوم الدار وحيطانها محيطة بها، وكذلك قال في المنتقى: أنا أرسل دابته في زرع غيره وأفسد ضمن قيمة الزرع وطريق معرفة قيمته أن تقوم الأرض مع الزرع الثابت فيضمن حصة الزرع، وإذا ضمن قيمة حائطه كان النقض للضامن، فلو جاء إنسان وعثر بنقض الحائط فالضمان على عاقلته المتقدم عليه، وهذا على قول محمد، وإن عثر بنقض الحائط الثاني قيل يضمن صاحب الحائط الأول، ولو أن الحائط الأول حين وقع على الحائط الثاني وهدمه وقع الحائط الثاني على رجل وقتله لا ضمان على صاحب الحائط الثاني وإنما الضمان على عاقلة صاحب الحائط الأول. قال رحمه الله: **(وإن مال إلى دار رجل فالطلب إلى ربها)** لأن الحق له على الخصوص، وإذا كان يسكنها غيره كان له أن يطالبه لأن له المطالبة بإزالة ما شغل هواها. قال رحمه الله: **(فإن أجله أو أبرأه صح)** بخلاف الطريق إن أجله صاحب الدار أو أبرأه جاز تأجيله وإبراؤه حتى لو سقط في الإبراء وقبل مضي المدة في التأجيل لا يضمن لأن الحق له على ما ذكرناه بخلاف ما إذا مال للطريق العام فأجله القاضي أو من أشهد عليه أو أبرأه لا يصح التأجيل والإبراء لما ذكرنا. وقوله «إلى دار رجل» مثال وليس بقيد حتى لو مال العلو إلى الأسفل أو الأسفل إلى العلو فالحكم كذلك؛ كذا في قاضيخان. قال رحمه الله: **(حائط بين خمسة أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن خمسة الدية دار بين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئراً أو بنى حائطاً فعطب به رجل ضمن ثلثي الدية)** وهذا عند الإمام. وقالا: يضمن النصف في الصورتين لأن التلف بنصيب من أشهد عليه يعتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر، وفي الحفر باعتبار ملكه غير متعد باعتبار ملك شريكه متعد وكانا قسمين فانقسما نصفين عليهما. وللإمام أن الموت حصل بعلة واحدة وهي القتل فيضاف التلف إلى العلة الواحدة ثم يقسم على أربابها بقدر الملك. فإن قيل: الواحد من الشركاء لا يقدر أن يهدم شيئاً من الحائط فكيف يصح تقدمه إليه؟ قلنا: إن لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بالمرافعة إلى الحاكم وبه يحصل الغرض وهو إزالة الضرر. وفي المحيط قال: يقدر على هدم نصيبه بحكم الحاكم ومطالبة الباقين بالنقض فيكون قادراً على النقض بهذا الطريق. ولم يذكر الفرق للإمام بين المسألتين حيث يضمن خمس الدية وفي الحائط، ويضمن ثلث الدية فيما إذا حفر وبنى في دار. والفرق بينهما أن كل حجر وضعه أو حفره فهو متعدٍ في ثلثي الوضع والحفر وليس متعدياً في الثلث فلهذا يضمن الثلثين.

....

وقوله «حائط بين خمسة ودار بين ثلاثة» مثال وليس بقيد. وفي الظهيرية: والحائط إذا كان مشتركاً بين اثنين فأشهد على أحدهما فهو بمنزلة ما لو أشهد على أحد الورثة. وفي المنتقى: رجل مات وترك داراً وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها وفيها حائط مائل إلى الطريق ولا وارث للميت غير هذا الابن فالتقدم في حائطه إليه، وإن كان لا يملكها فإن وقع التقدم بعد التقدم إليه كانت الدية على عاقلة الأب دون عاقلة الابن، فإن كان الحائط المائل بين خمسة نفر أخماساً وتقدم إلى أحدهم بالنقض ثم سقط على إنسان فإنه يضمن المتقدم إليه خمس الدية ويجب على عاقلته ويهدر أربعة أخماس وهو حصة شركائه، وهو قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد بأن الشريك الحاضر المتقدم إليه يضمن نصف الدية فتجب ذلك على عاقلته ويهدر النصف، ذكر المسألة في الجامع الصغير على هذا الوجه، وذكر هذه المسألة في الأصل ولم يذكر فيها خلافاً.

قال في الجامع الصغير أيضاً: إذا كانت الدار بين ثلاثة نفر حفر أحدهم في هذه الدار المشتركة بئراً ووقع فيها إنسان ومات قال: على عاقلة الحافر عند أبي حنيفة ثلث دية المقتول، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يجب على الحافر نصف الدية، وهذه المسألة مذكورة في الأصل من غير خلاف، والخلاف في هاتين المسألتين من خصائص الجامع الصغير. وفي السغناقي: وإذا وضع الرجل على حائطه شيئاً فوقع ذلك الشيء فأصاب إنساناً فلا ضمان عليه فيه لأنه وضعه على ملكه وهو لا يكون متعدياً فيما يحدثه في ملكه. سواء كان الحائط مائلاً أو غير مائل. وفي المنتقى: ولو أن رجلاً بنى حائطاً مائلاً بين رجلين اثلاثاً تقدم إلى صاحب الثلث فيه ثم سقط على رجل وقتله صرعاً فعليه ثلث الدية بلا خلاف. وهو بمنزلة حمار حمل عليه إنسان عشرة أقفزة وحمل الآخر عليه خمسة أقفزه وكل ذلك بغير إذن المولى فمات الحمار من ذلك تجب القيمة اثلاثاً، وهو بمنزلة رجل أخذ بنفس إنسان وأخذ آخر بنفسه الآخر فمات المأخوذ من ذلك وهناك يجب الضمان كذا هنا. هذا إذا وقع الحائط على حر، ولو وقع الحائط على عبد إن قتله غماً فإن قيمته عليها أثلاثاً، وإن جرحته الحائط ومات العبد من الجراحة فالجراحة عليهما أثلاثاً والنفس عليهما نصفين، فإن جرحه الحائط ثم مات من الغم والجراحة فإن الجراحة عليهما اثلاثاً نصف ما بقي من النفس وهو حصة الغم بينهما أثلاثاً أيضاً، والنصف الآخر وهو حصة الجراحة بينهما نصفين. عن أبي حنيفة في حائط مائل لرجلين أشهد عليهما وحائط مائل لرجل أشهد عليه سقطا على إنسان فقتلاه فنصف الدية على الرجل الذي له الحائط ونصف الدية على رجلين. وروى الحسن بن زيادة فسقطا على الرجلين فماتا فالدية عليهما مطلقاً. وقال أبو يوسف ومحمد: إن مات من جرح حرحه الحائط فالدية عليهم أثلاثاً، وإن مات من ثقلهما فالدية عليهما نصفين ولا يضمن إذا لم يكن متعدياً، فأما إذا وضع في ملكه عرضاً حتى خرج طرفه منه إلى الطريق إن سقط فأصاب الطرف الخارج منه

باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك

ضمن الراكب ما أوطأت دابته بيد ورجل أو رأس أو كدمت أو خبطت أو صدمت لا ما نفحت برجل أو ذنب إلا إذا أوقفها في الطريق وإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة

شيئاً فإنه يضمن وكان الجواب فيه كالجواب في اخراج الميزاب، وكذلك لو كان الحائط مائلاً وكان ممكن وضع الجذع عليه طولاً حتى لم يخرج شيء منه إلى الطريق ثم سقط ذلك الجذع على إنسان ومات فإنه لا يضمن، هكذا ذكر في الكتاب وأطلق الجواب اطلاقاً. وفي مشايخنا من قال هذا إذا كان الحائط مائلاً إلى الطريق ميلاً يسيراً غير فاحش، فأما إذا مال ميلاً فاحشاً فإنه يضمن، وذلك لأن الميلان إذا كان غير فاحش بحيث يوجب ذلك القدر وقت البناء يكون وجوده وعدمه بمنزلة لأن الجدار قلما يخلو عن قليل ميلان يكون له إلى الطريق فإما إذا كانا ميلاً فاحشاً بحيث يحترز منه عند البناء في الأصل فإنه يضمن إذا سقط ذلك على إنسان إن لم يتقدم إليه بالرفع لأنه متى وضع الجذع طولاً على الحائط المائل فيعتبر بما لو شغل الهواء بغر واسطة، ولو شغل هواء الطريق بواسطة بأن أخرج الجذع عن الحائط فسقط فأصاب إنساناً كذا هذا. ومنهم من قال الجواب فيه كما أطلقه محمد لا يضمن في الحالين، ولو كان الوضع بعد ما تقدم إليه في الحائط ثم سقط الجذع فأصاب إنساناً يقول بأنه يضمن؛ كذا في المنتقى والله تعالى أعلم.

باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك

لما فرغ رحمه الله تعالى من بيان أحكام جناية الإنسان شرع في بيان جناية البهيمة، ولا شك في تقدم جناية الإنسان على البهيمة؛ كذا في النهاية ويرد عليه أنه لم يفرغ من بيان جناية الإنسان مطلقاً بل بقي منها جناية المملوك، ولا شك أنه من الإنسان فيقدم على البهيمة وكان من حقه أن يقدم على جناية البهيمة؛ كذا في غاية البيان. قال رحمه الله: **(ضمن الراكب ما أوطأت دابته بيد ورجل أو رأس أو كدمت أو خبطت أو صدمت لا ما نفحت برجل أو ذنب إلا إذا أوقفها في الطريق)** والأصل في هذا الباب أن المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لأنه تصرف في حقه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس إذ الإباحة مقيدة بالسلامة، والاحتراز عن الإيطاء والكدم والصدم والخبط ممكن لأنه ليس من ضرورة السير، وقيدناه بشرط السلامة، وفي العيني على الهداية: الكدم بمقدم الإنسان، والخبط باليد والصدم هو أن تطلب الشيء بجسدك ولا يمكن الاحتراز عن النفحة أيضاً لأنه يمكن الاحتراز عن الإيقاف وهو المراد بقوله «إذا إذا أوقفها في الطريق» أطلق فيما ذكره وهو مقيد بأن يكون في غير ملكه، أما إذا كان في ملكه لا يضمن إلا في الإيطاء وهو راكبها لأنه فعل منه مباشرة حتى يحرم به عن الميراث وتجب عليه الكفارة بشرط التعدي فصار كحفر البئر،

....

وفي المباشرة لا يشترط ذلك، وإن كان ذلك في ملك غيره، فإن كان غيره تسبب فيه بإذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه، فإن كان بغير إذن مالكه فإن دخلت الدابة من غير أن يدخلها مالكها ولم يكن معها لم يضمن شيئاً، فإن أدخلها هو ضمن الجميع سواء كان معها أو لم يكن معها لوجود التعدي بالإدخال في ملك الغير والملك المشترك كملكه الخاص به فيما ذكرنا من الأحكام، والمسجد كالطريق فيما ذكرناه من الأحكام، ولو جعل الإمام موضعاً لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما يحدث من الوقوف فيه، وكذا إيقاف الدواب في سوق الدواب لأنه مأذون فيه من جهة السلطان، وكذا إذا أوقفها في طريق متسعة لا يضر وقوفها بالناس فلا يحتاج فيه إلى إذن الإمام بخلاف ما إذا كانت غير متسعة. وفي الخلاصة: دابة مربوطة في غير ملكه فإن ذهب وحل الرباط فقد زالت الجناية فما عطب به من ذلك فهو هدر، فلو جالت الدابة في رباطها فما أصاب شيئاً وأتلفه فهو مضمون، سواء ضربت بيدها أو برجلها أو برأسها، فلو ربطها في مكان فذهبت إلى مكان آخر فما أصابت في ذلك المكان فهو هدر. وفيها أيضاً: الراكب إذا كانت الدابة تسير به فنخسها رجل فألقت الراكب؛ إن كان الراكب أذن له في النخس لا يجب على الناخس شيء، وإن كان بغير إذنه ضمن الدية، وإن ضربت الناخس فمات فدمه هدر، وإن أصابت رجلاً آخر بالذنب أو الرجل أو كيفما أصابت إن كان بغير إذن الراكب فالضمان على الناخس، وإن كان بإذنه فالضمان عليهما إلا في النفحة بالرجل أو الذنب فإنه جبار إلا إذا كان الراكب واقفاً بغير ملكه فأمر رجلاً فنخسها فنفحت برجلها فالضمان عليهما، وإن كان بغير إذنه فالضمان على الناخس ولا كفارة عليه فيما نفحت برجلها. قال عامة الشراح: نفحت الدابة إذا ضربت بحافرها. قال في النهاية: ومثل هذا في الصحاح والمغرب واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية. أقول: كون المذكور في الصحاح كذا ممنوع إذا لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحافر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها ثم أقول: بقي إشكال في عبارة الكتاب وهو أن الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره الشراح ههنا أن لا تكون النفحة إلا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله «ولا يضمن بالنفحة ما نفحت برجلها أو ذنبها» لأنه يقتضي أن تكون النفحة بالذنب أيضاً بل يلزم أيضاً استدراك قوله «برجلها» لأن الضرب بالرجل كان داخلاً في مفهوم النفحة: لا يقال ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التحديد لأنا نقول: اعتبار التأكيد والتحديد معاً بالنظر إلى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتنافي بينهما كما لا يخفى على الفطن، بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكور في عبارة الكتاب على مطلق الجمع بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا إشكال فتأمل.

قال رحمه الله: **(وإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثار غباراً أو حجراً**

أو نواة أو أثار غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عيناً لم يضمن ولو كبيراً ضمن فإن راثت أو بالت في الطريق لم يضمن ما عطب به إن أوقفها لذلك وإن أوقفها لغيره ضمن وما

صغيراً ففقأ عيناً لم يضمن ولو كبيراً ضمن) لأن التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر لأن سير الدابة لا يخلو عنه وعن الكبار من الحجارة ممكن، وإنما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب فيضمن. وفي الذخيرة: قيل لو عنف الدابة فأثارت حجراً صغيراً أو كبيراً يضمن. وفي الظهيرية: لو أوقف دابة في طريق المسلمين ولم يربطها فسارت إلى مكان آخر وأتلفت شيئاً فلا ضمان على صاحبها؛ كذا في الكبرى. وكل بهيمة من سبع أو غيره فهو ضامن ما لم يتغير عن حاله، وإذا سار الرجل على دابته في الطريق فضربها وكبحها باللجام فضربت برجلها أو بذنبها لم يكن عليه شيء. وفي السغناقي: ومن هذا الجنس ما قالوا فيمن ساق دابة عليها وقر من الحنطة فأتلفت شيئاً من الطريق نفساً أو مالاً فهو على وجوه: إما إن قال السائق أو القائد أو الراكب اليك فإن سمع هذه المقالة ولم يذهب فهو على وجهين: إما إن لم يبرح من مكانه مع القدرة على المكان أو لم يجد مكاناً آخر ليذهب فمكث في مكانه ذلك حتى تخرق ثيابه ففي هذا الوجه الأول لا يضمن صاحب الدابة، وفي الوجه الثاني يضمن، وإن لم يقل إليك ركب الدابة ضمن. وفي الفتاوى: رجل ساق حماراً عليه وقر حطب فقال السائق بالفارسية (كوسيت أو يرثة) فلم يسمع الواقف حتى أصابه الحطب فخرق ثوبه أو سمع لكن لم يتهيأ له ينتحي عن الطريق لقصر المدة ضمن، وإن سمع وتهيأ ولم ينتقل لا يضمن، ونظير هذا من أقام حماراً على الطريق وعليه ثياب فجاء راكب وكر شلا وخرق الثياب، إن كان الراكب يبصر الحمار وأرسون يضمن وإن لم يبصر ينبغي أن لا يضمنوا. الثياب على الطريق فجعل الناس يمرون عليه وهم لا يبصرون لا يضمن، وكذا رجل جلس على الطريق فوقع عليه إنسان فلم يرده فمات الجالس لا يضمن، ثم الذي ساق الحمار إذا كان لا ينادي يا رب أي لو شئت حتى تعلق الحطب بثوب رجل فتخرق يضمن إن مشى الحمار إلى صاحب الثوب، وإن مشى إلى الحمار وهو يراه أو لم يتباعد عليه لا يضمن. ولو وثب من نخسه على رجل فقتله أو وطئت رجلاً فقتلته فالضمان على الناخس دون الراكب. وفي الكافي: فديته على عاقلة الناخس؛ كذا في الذخيرة. قال رحمه الله: **(فإن راثت أو بالت في الطريق لم يضمن ما عطب به إن أوقفها لذلك وإن أوقفها لغيره ضمن)** لأن سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما إذا راثت أو بالت وهي تسير، وكذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب من لا يفعل ذلك إلا واقفاً وهو المراد بقوله «وإن أوقفها لغيره» فبالت أو راثت فعطب به إنسان ضمن لأنه متعد في الإيقاف إذ هو ليس من ضروريات السير وهو أكثر ضرراً أيضاً من السير لكونه أدوم منه فلا يلحق به وهو المراد بقوله «وإن أوقفها لذلك وإن أوقفها لغيره ضمن». وفي المنتقى: رجل واقف على دابته

ضمنه الراكب ضمن السائق والقائد وعلى الراكب الكفارة لا عليهما ولو اصطدم

في الطريق فأمر رجلاً أن ينخس دابته فنخسها فقتلت رجلاً فدية الرجل الأجنبي على الناخس والراكب جميعاً ودم الآمر بالنخس هدر، ولو سارت عن موضعها ثم نفحت من فور النخس فالضمان على الناخس دون الراكب، ولو لم تسر ونفحت الناخس ورجلاً آخر وقتلتهما فدية الأجنبي على الناخس والراكب ونصف دية الناخس على الراكب، ولو لم يوقفها الراكب على الطريق ولكن حرنت فوقفت فنخسها هو وغيره لتسير فنفحت إنساناً فلا شيء عليهما. وفيه أيضاً: رجل اكترى من آخر دابة ليذهب عليها في حاجة له فاتبعه صاحبها فله أن يسوقها، فإن وقف الراكب في الطريق على أهل مجلس فحرنت فنخسها صاحب الدابة أو ضربها أو ساقها فنفحت الدابة وهي واقفة فقتلت إنساناً فالضمان على الراكب والسائق جميعاً. وفيه أيضاً: صبي ركب دابة بأمر أبيه ثم إن الصبي الراكب أمر صبياً فنخسها فالقول فيه إذا كان مأذوناً كالقول في الكبير، وإن كان لم يؤذن له في ذلك فأمر صبياً حتى نخسها فسارت ونفحت من النخسة فعلى الناخس الضمان ولا شيء على الراكب، وإن أمر بذلك ووطئت إنساناً فقتلته وكان سيرها من النخسة فالدية على عاقلة الناخس ولا يرجعون بذلك على عاقلة الراكب. وفيه أيضاً: رجل ركب دابة رجل قد أوقفها ربها في الطريق وربها وغاب فأمر رب الدابة رجلاً حتى نخسها فنفحت رجلاً أو نفحت الآمر فديته على الناخس، وإن كان الآمر أوقفها في الطريق ثم أمر رجلاً حتى نخسها فقتلت رجلاً فديته على الآمر والناخس نصفين. رجل أذن رجلاً أن يدخل داره وهو راكب فدخلها راكباً فوطئت دابته على شيء كان ضامناً، له، إن كان سائقاً أو قائداً فلا ضمان. أدخل بعيراً برحله فوقع عليه المتعلم فقتله فقد اختلف المشايخ فمنهم من قال لا ضمان على صاحب المتعلم، وقال بعضهم إن أدخل صاحب المتعلم بغير إذن صاحب الدار فعليه الضمان، وإن كان دخلها بإذنه فلا ضمان وبه أخذ الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى. وفي فتاوى الخلاصة: ولو كان البعير غير متعلم فحكمه حكم متعلم. وفي الفتاوى: ربط حماره في أرضه ليأكل علفاً فجاء حمار رجل فعقره فجعله معيوباً عيباً فاحشاً قال: لا يرجع بنقصان العيب على صاحب الحمار. قلت قال القاضي بديع الدين: إن كان صاحبه معه يضمن وإلا فلا يضمن. قال رحمه الله: **(وما ضمنه الراكب ضمن السائق والقائد)** أي كل شيء يضمنه الراكب يضمنان لأنهما سببان كالراكب في غير الايطاء فيجب عليهما الضمان بالتعدي فيه كالراكب. وقوله «وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد» يطرد وينعكس في الصحيح. وذكر القدوري أن السائق يضمن النفحة بالرجل لأنه بمرأى عينه فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغائبة عن بصر الراكب والقائد فلا يمكنهما الاحتراز عنها بخلاف الكدم والصدم. وقال الشافعي رحمه الله: يضمنون كلهم النفحة والحجة عليه ما ذكرنا. وقوله عليه الصلاة والسلام «الرجل جبار» ومعناه النفحة بالرجل.

....

قال رحمه الله: **(وعلى الراكب الكفارة لا عليهما)** أي لا على السائق والقائد ومراده في الإيطاء لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقل دابته تبع فإن سير الدابة مضاف إليه وهي العلة وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما شيء بالمحل، وكذلك الراكب في غير الإيطاء، والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب. وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشر. ولو كان سائق وراكب قيل لا يضمن السائق ما فعلت الدابة لأن الراكب مباشر فيه كما ذكرنا، والسائق مسبب والإضافة إلى المباشرة أولى، وقيل: الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان ألا ترى أن محمداً رحمه الله ذكر في الأصل أن الراكب إذا أمر إنساناً فنخس المأمور الدابة ووطئت إنساناً كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان والناخس سائق والآمر راكب، فتبين بهذا أنهما مستويان والصحيح الأول لما ذكرنا. والجواب عما ذكر في الأصل أن السبب إنما يضمن مع المباشرة إذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الإتلاف كالحفر مع الإلقاء فإن الحفر لا يعمل شيئاً بدون الإلقاء. وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده في الإتلاف فيشتركان وهذا منه. وفي الأصل يقول: رجل قاد قطاراً من الإبل في طريق المسلمين فما وطئ أول القطار وآخره مالاً أو رجلاً فقتله فالقائد ضامن ولا كفارة، وإن كان معه سائق يسوق الإبل إلا أنه تارة يتقدم وتارة يتأخر فإنهما يشتركان في الضمان، وإلا كان معهما ثالث يسوق الإبل وسط القطار فما أصاب مما خلف هذا الذي في وسط القطار أو مما قبله فضمان ذلك عليهم أثلاثاً يريد به إذا كان هذا الذي يمشي في وسط القطار ولا يمشي في جانب القطار ولا يأخذ بزمام بعير يقود ما خلفه لأنه سائق لوسط القطار فيكون سائقاً لكل بحكم اتصال الأزمة، فأما إذا كان الذي في وسط القطار آخذاً بزمام يقود ما خلفه ولا يسوق ما قبله فما أصاب مما خلف هذا الذي في هذا القطار فضمان ذلك على القائد الأول ولا شيء فيه على هذا الذي في وسط القطار لأنه ليس بقائد لما قبله ولا سائق حتى لو كان سائقاً له يشارك الأول في الضمان؛ كذا في المغني. وفي الينابيع: وإن كان السائق في وسط القطار فما أصاب من خلفه أو بين يديه فهو عليهما. وإن كانوا ثلاثة نفر أحدهم في مقدم القطار والآخر في مؤخر القطار والثالث في وسط القطار؛ فإن كان الذي في الوسط والمؤخر يسوقان والمقدم يقود القطار فما عطب بما أمام الذي في الوسط فذلك كله على القائد، وما تلف مما هو خلفه فهو كله على القائد ولا شيء على المؤخر إلا أن يكون سائقاً، وإن كانوا يسوقون فالضمان عليهم جميعاً. السغناقي: ولو كان الرجل راكباً وسط القطار على بعيره ولا يسوق منها شيئاً لم يضمن ما تعيب الإبل التي بين يديه لأنه ليس بسائق لما بين يديه وهو معهم في الضمان مما أصاب البعير الذي هو عليه أو ما خلفه. وقال بعض المتأخرين: هذا الذي ذكر إذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده، وأما إذا كان نائماً على بعيره أو قاعداً فلا ضمان عليه في ذلك فهو في حق ما خلفه بمنزلة

فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل دية الآخر ولو ساق دابة فوقع السرج على

المتاع الموضوع على البعير. الظهيرية: ولو أن رجلاً يقود قطاراً وآخر من خلف القطار يسوقه وعلى الإبل في المحال نيام أو غير نيام فوطئ بعير منها إنسان فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكبين الذين قدام البعير على عواقلهم على عدد رؤوسهم، والكفارة على راكب البعير الذي وطئ خاصة لأنه بمنزلة المباشر. قال في المنتقى: إذا قاد الرجل قطاراً وخلفه سائق وأمامه راكب فوطئ الراكب إنساناً فالدية عليهم أثلاثاً، وكذلك إذا وطئ عير مما خلف الراكب إنساناً، وإن كان وطئ بغير إمام فهو على القائد والسائق نصفين ولا شيء على الراكب. وذكر في المنتقى مسألة القطار بعد هذا في صورة أخرى وأوجب الضمان على القائد وعلى من كان قدام البعير الذي أوطأ من الركبان قال: وليس على من خلفه من الركبان شيء إلا أن يكون إنساناً مؤجراً ويسوق فيكون عليه وعلى السائق الذي خلفه يشتركون جميعاً فيه. الخانية: رجل يقود دابة فسقط شيء مما يحمل على الإبل على إنسان أو سقط سرج الدابة أو لجامها على أنسان فقتله أو سقط ذلك في الطريق فعثر به إنسان ومات يضمن القائد، وإن كان معه سائق كان الضمان عليهما. القاضي: وسئل أيضاً عن صاحب زرع سلم الحمار إلى المزارع فربط الدابة عليه وشد الحمار في الدالية بأمره فانقطع خيط من خيوطها فوقع الحمار في حفرة الدالية فعطب الحمار هل يجب الضمان على المزارع؟ فقال: لا. قال محمد في الجامع الصغير: رجل قاد قطاراً في طريق المسلمين ولم يعلم به فأصاب ذلك البعير إنساناً فضمانه على القائد دون الرابط، وإن كان كل منهما سبباً للإتلاف فهل يرجع على عاقلة الرابط؟ قال: لا يرجع وإن لم يعلم. ولم يفصل محمد في الجامع الصغير بين ما إذا ربط البعير بالقطار والقطار يسير وفي بعض كتب النوادر: إن القطار إن كان يسير حالة الربط فقادها القائد بعد الربط لا يرجع القائد على عاقلة الرابط، علم القائد بربطه أو لم يعلم، فإن كان القطار يسير حالة الربط فالقائد يرجع على عاقلة الرابط إذا لم يعلم بربطه. وفي المنتقى: وإذا سار الرجل على دابة وخلفه رديف وخلف الدابة سائق وأمامها قائد فوطئت إنساناً فالدية عليهم أرباعاً وعلى الراكب والرديف الكفارة، وإذا سار الرجل على دابته في الطريق فعثرت بحجر وضعه رجل أو بد كأن بناه رجل أو بما صبه رجل فوقعت على إنسان وأتلفته فالضمان على الذي وضع الحجر وبنى الدكان وصب الماء لأنه مسبب الإتلاف وهو متعد في هذا السبب ولا ضمان على الراكب، وفي الكفارة إذا أرسل كلباً أو دابة أو طيراً فأصاب في فوره شيئاً ضمن في الدابة دون الكلب والطير. وفي الصغرى الطحاوي: وعن أبي يوسف أنه يضمن الكل؛ كذا في الجامع الصغير.

قال رحمه الله: **(ولو اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل دية الآخر)** وقال زفر والشافعي رحمه الله تعالى: يجب على عاقلة كل واحد نصف دية الآخر، وروي ذلك عن

....

علي رضي الله عنه لأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيعتبر نصفه ويهدر النصف كما إذا كان الاصطدام عمداً وجرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه أو حفرا على قارعة الطريق بئراً فانهدم عليهما أو وقفا فيه يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا. ولنا أن قتل كل واحد منهما مضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح كالمشي في الطريق فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة إلى نفسه لأنه مباح مطلقاً في حق نفسه، ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما إذا وقع في بئر في قارعة الطريق لأنه لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر، وفعل صاحبه وإن كان مباحاً لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره فيكون سبباً للضمان عند وجود التلف، به وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما فتعارضت روايتان فرجحنا ما ذكرنا، ويحتمل ما روي عنه أنه أوجب كل الدية على الخطأ توفيقاً بينهما. وأما ما استشهدا به من الاصطدام وجرح كل منهما نفسه وصاحبه وحفر البئر في الطريق فعلى كل واحد محظور مطلقاً فيعتبر في حق نفسه أيضاً فيكون قاتلاً لنفسه، وهذا الحكم الذي ذكرناه في العمد والخطأ في الحرين. ولو كانا عبدين هدر الدم لأن المولى فيه غير مختار للفداء، ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كلها في الخطأ ونصفها في العبد فيأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، لأن قيمة العبد المقتول تجب على العاقلة على أصلهما لأنه ضمان الآدمي، وإذا تجاذب رجلان حبلاً فانقطع الحبل فسقطاً أو ماتاً ينظر؛ فإن وقعا على القفا لا تجب لهما دية لأن كل واحد منهما مات بقوة نفسه، وأن وقعا على الوجه وجب على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر، وإن قطع إنسان الحبل بينهما فوقع كل واحد منهما على القفا فديتهما على عاقلة القاطع، وكذا على هذا سائر الضمانات وقد قدمنا شيئاً من هذا عند قوله «ولو ضرب بطن امرأته» فراجعه. قال في النهاية: وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله «وإذا اصطدم الفارسان» ليست زيادة قائدة فإن الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك؛ كذلك ذكره في المبسوط، سوى أن موت المصطدمين في الغالب إنما يكون في الفارسين ا هـ. وقال في العناية آخذاً في النهاية: حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما بالذكر ا هـ. وقال في معراج الدراية: وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقي أو بحسب الغالب ا هـ. وتبعه الشارح العيني. أقول: عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين بينا لأن الباب الذي عرفته باب جناية البهيمة والجناية عليها، ولا يخفى أن اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجاً عن مسائل هذا الباب. رجل وجد في زرعه في الليل ثورين فظن أنهما لأهل القرية فبانا أنهما لغيرهم فأراد أن يدخلهما فدخل واحد وفر آخر فتبعه ولم يقدر عليه فجاء صاحبه يضمنه. قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إن

. . . .

كان نيته عند الأخذ أن يمنعه من صاحبه يضمن وإن كان نيته أن يرد إلا أنه لم يقدر لم يضمن فقيل: إن كان ذلك بالنهار؟ قال: إن كان لغير أهل القرية كان لقطة، فإن ترك الإشهاد مع القدرة عليه يضمن، وإن لم يجد شهوداً يكون عذراً وإن كان لأهل القرية فكما أخرجه يكون ضامناً. وقال القاضي علي السغدي: وإن وجد في زرعه دابة فساقها بقدر ما يخرجها عن ملكه لأن يكون ضامناً فإذا ساق وزاد وراء ذلك القدر يصير غاصباً بالسوق والصحيح ما قاله القاضي علي السغدي. عبدان التقيا ومع كل واحد عصا فأضربا وبرئا خير مولى كل واحد منهما بالآخر ولا يتراجعان بشيء سوى ذلك لأن كل واحد منهما ملك عبده من صاحبه ولا يفيد التراجع لأنه لو رجع أحدهما لرجع الآخر لأن حق كل واحد منهما ثبت في رقبة كاملة فما يأخذ أحدهما من صاحبه فذاك بدل الآخر وتعلق به حقه فلا يفيد الرجوع، وإن اختار الفداء فدى كل واحد بجميع أرش جنايته لأنهما لما ضربا معاً فقد جنى كل واحد منهما على عبد صحيح فتعلق حق كل واحد من الموليين بعبد صحيح فيجب بدل عبد صحيح، وإن سبق أحدهما بالضربة خير المولى مولى البادئ لأن البداية من مولى اللاحق لا تفيد لأن حق اللاحق في عبد صحيح كامل الرقبة، فإذا دفع إلى البادئ عبداً مشجوجاً كان للأحق أن يسترد منه ثانياً لأنه يقول عبدك شج عبدي وهو صحيح ودفعت إلى عبدك بدل تلك الشجة فيكون لي والبداية من مولى البادئ بالدفع مفيدة لأن حق البادئ ثبت في عبد مشجوج فمتى دفعه مشجوجاً لا يكون له أن يسترده فكان دفعه مفيداً، فإن دفعه فالعبد للمدفوع إليه ولا شيء للدافع لأنه لو رجع البادئ بشيء كان للمدفوع إليه أن يرجع عليه ثانياً لأن حقه في رقبة عبد صحيح فلا يفيد رجوع البادئ، وإن فداه خير مولى اللاحق بين الدفع والفداء لأنه ظهر عند البادئ عن الجناية بالفداء وصار كأنه لم يجن. وإن جنى عليه العبد اللاحق فإن مات البادئ كانت قيمته في عنق الثاني يدفع بها أو الفداء، فإن فداه بقيمة الميت رجع في تلك القيمة بأرش جراحته عبداً لأن بالفداء أظهر عبد اللاحق عن الجناية وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه البادئ، والبادئ وإن مات فالقيمة قامت مقامه لأنه حق قائم مقامه. وإن دفعه رجع بأرش شجة عبده في عنقه ويخير المدفوع إليه بين الدفع والفداء لأن المدفوع قام مقام الميت الشاج، وإن مات العبد القاتل خير مولى العبد البادئ، وإن فداه أو دفع بطل حقه في شجة عبده لأنه حين شج اللاحق البادئ كان اللاحق مشجوجاً فثبت حق مولى البادئ في عبد مشجوج فثبت فيما وراء الشجة فمات لا إلى خلف لما مات العبد القاتل فبطل حق مولى البادئ في شجة عبده. ولو مات البادئ من شيء آخر سوى الجناية وبقي اللاحق خير مولى البادئ ويقال له إن شئت فاعف عن مولى اللاحق ولا سبيل لواحد منهما على الآخر، وإن شئت ادفع أرش شجة اللاحق وطالبه بحقك، وإن دفع إلى صاحبه أرش عبده يرجع بأرش جناية عبده فيدفع مولى اللاحق عبده بها أو يفديه. أما المفهوم فلأن مولى البادئ بجنايته إذا دفع كان لمولى اللاحق أن يطالبه بأرش شجة

رجل فقتله ضمن وإن قاد قطاراً فوطئ بعير إنساناً ضمن عاقلة القائد الدية وإن كان معه سائق فعليهما وإن ربط بعيراً على قطار رجع على عاقلة القائد بدية ما تلف به على عاقلة

عبده وكان لمولى البادئ أن يدفع إليه العبد المدفوع ثانياً إليه عن حقه فلا يفيده الدفع وإنما دفع أرش شجة اللاحق لأنه متى دفع أرش عبد اللاحق فقد طهر البادئ عن الجناية وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه العبد اللاحق فيخاطب مولى اللاحق بالدفع والفداء وأي ذلك اختار لا يبقى لواحد منهما على صاحبه سبيل لأنه وصل إلى كل واحد منهما حقه. وإن أبى مولى البادئ أن يدفع الأرش فلا شيء له في عتق الآخر فإن مولى البادئ كان مخيراً بين العفو وبين دفع الأرش والمطالبة شجة لعبده، فإذا امتنع من دفع الأرش صار مختاراً للعفو وصار كأنه قال عفوتك عن حقي فيبطل حقه. ولو مات اللاحق وبقي البادئ خير مولاه، فإن دفعه بطل حقه، وإن فداه بأرش عبده في الفداء لأن البادئ طاهر عن الجناية لعفو وأحدهما عن جناية نصف العبد ولا يزداد حقه فكذا هذا.

قال رحمه الله: **(ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن)** يعني إذا ساق دابة ولها سرج فوقع السرج على رجل فقتله ضمن عاقلته الدية وقد قدمناها بفروعها. قال رحمه الله: **(وإن قاد قطاراً فوطئ بعير إنساناً ضمن عاقلة القائد الدية)** لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرز عنه فصار متعدياً بالتقصير فيه والتسبب بلفظ التعدي سبب للضمان غيره أن ضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه في ماله. رجل له مزرعة فأكلها جمل غير فأخذه وحبسه في الأصطبل ثم وجد الجمل مكسور الرجل كيف الحكم بينهما في ذلك؟ فقال: إن لم يكسر رجله في حبسه قالوا لا ضمان عليه وقد قالوا الضمان عليه ما لم يسلمه إلى صاحبه والرأي فيه إلى القاضي. قال رحمه الله: **(وإن كان معه سائق فعليهما)** أي إذا كان مع القائد سائق تجب على عاقلتهما الضمان لاستوائهما في التسبب لأن قائد الواحد قائد الكل، وكذا سائقه لاتصال اللازمة، وأما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما أصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما أصابه بالإيطاء فإن ذلك ضمانه على الراكب وحده لأنه جعل فيه مباشراً حتى جرت عليه أحكام المباشرة على ما بيناه. قال رحمه الله: **(وإن ربط بعيراً على قطار رجع على عاقلة القائد بدية ما تلف به على عاقلة الرابط)** أي إذا ربط رجل بعيراً على قطار والقائد لذلك القطار لا يعلم فوطئ البعير المربوط إنساناً فقتله فعلى عاقلة القائد ديته لأنه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط غيره به فإذا ترك صيانته صار متعدياً بالتقصير وهو متسبب وفيه الدية على العاقلة كما في قتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم فيه، وإنما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء مع أن كل واحد منهما متسبب لأن القود بمنزلة المباشرة بالنسبة إلى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب فيه الضمان وحده ثم يرجع به عليه. قالوا: هذا إذا

الرابط ومن أرسل بهيمة وكان سائقها فما أصابت في فورها ضمن وإن أرسل طيراً أو كلباً ولم يكن سائقاً أو انفلتت دابته فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لا يضمن وفي فقء

ربط والقطار يسير لأن الرابط أمر بالقود دلالة وإذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق الإتلاف منه وإنما ينفي الإثم فيكون قرار الضمان على الرابط، وأما إذا ربط والإبل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لأن القائد رضي بذلك والتلف قد اتصل بفعله فلا يرجع به وهو القياس فيما إذا لم يعلم لأن الجهل لا ينافي التسبب ولا الضمان إلا أنا استحسنا الرجوع لما ذكرنا. وفي الجامع الصغير: رجل قاد قطاراً في طريق المسلمين فجاء بعير آخر وربطه والقائد لا يعلم به أو علم فأصاب ذلك البعير إنساناً فضمانه على القائد دون الرابط وإن كان كل واحد منهما متسبباً للإتلاف. وهل يرجع على عاقلة الرابط؟ إن علم لا يرجع، وإن لم يعلم يرجع. ولم يفصل محمد رحمه الله في الجامع الصغير بين ما إذا ربط البعير بالقطار والقطار يسير. وفي بعض كتب النوادر: وإن كان القطار لا يسير حالة الربط فقادها القائد بعد الربط لا يرجع القائد على عاقلة الرابط، علم القائد بربطه أو لم يعلم. وإن كان القطار يسير حالة الربط فالقائد يرجع على عاقلة الرابط إذا لم يعلم بربطه. وفي المنتقى: وإذا سار الرجل على دابته وخلفه رديف وخلف الدابة سائق وأمامها قائد فوطئت إنساناً فالدية عليهم أرباعاً وعلى الراكب والرديف الكفارة، وإذا سار الرجل على دابته في الطريق فعثرت بحجر وضعه رجل أو قد كان بناه رجل أو بماء قد صبه رجل فوقعت على إنسان وأتلفته فالضمان على الذي وضع الحجر في المكان أو صب الماء لأنه مسبب في هذا الإتلاف وهو متعد في هذا السبب ولا ضمان على الراكب. قالوا: ولو نخس الدابة رجل فوطئت إنساناً فالضمان عليهما إن وطئت في فور النخس لأن الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناخس فيكون مضافاً إليهما. أقول: ولقائل أن يقول الراكب مباشر فيما أتلفت بالوطء لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعاً كما صرحوا به والناخس مسبب كما مر في الكتاب، وإذا اجتمع المباشر والمسبب فالإضافة إلى المباشر أولى كما صرحوا به لا سيما في مسألة الراكب والسائق فما بالهم صرحوا هنا بإضافة الفعل إلى الراكب والناخس معاً وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعاً فتدبره. قال رحمه الله: **(ومن أرسل بهيمة وكان سائقها فما أصابت في فورها ضمن)** يعني إذا أرسل إنسان بهيمة وساقها فكل شيء أصابته في فورها فإنه يضمنه.

قال رحمه الله: **(وإن أرسل طيراً أو كلباً ولم يكن سائقاً أو انفلتت دابته فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لا يضمن)** أي في هذه الصور كلها؛ أما الطير فلأن بدنه لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقاً بخلاف الدابة فإن بدنها يحمل السوق

....

فيعتبر فيها السوق ومن ثم قالوا: ولو أرسل بازياً في الحرم فقتل لا يضمن المرسل، وأما الكلب فلأنه وإن كان يحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة بأن يمشي خلفه ولا حكماً بأن يصيب على فور الإرسال، والتعدي يكون بالسوق فلا يضمن، وهذا لأن الأصل أن الفعل الاختياري يضاف إلى فعل صاحبه ولا يجوز إضافته إلى غيره لأنا تركنا ذلك في فعل البهمية إذا وجد منه السوق فأضفناه إليه استحساناً صيانة للأنفس والأموال، وإذا لم يوجد منه السوق بقي على الأصل ولا يجوز إضافته إليه لعدم الفعل منه مباشرة وتسبباً بخلاف ما إذا أرسل الكلب على صيد حيث يؤكل ما أصابه وإن لم يكن سائقاً له حقيقة ولا حكماً لأن الحاجة مست إلى الاصطياد به فأضيف إلى المرسل ما دام الكلب في تلك الجهة ولم يفتر عنها إذ لا طريق للاصطياد سواه، وهذا لأن الاصطياد به مشروع، ولو شرط السوق لاستد بابه وهو مفتوح فأضيف إليه، ولو غاب عن بصره مع الصيد ولا حاجة إليه في حق ضمان العدوان فبقي على الأصل فكان مضافاً إلى الكلب لأنه مختار في فعله ولا يصلح نائباً عن المرسل فلا يضاف فعله إلى غيره. وقوله «سائقاً» قيد في الكلب دون الطير، وقيد في الدابة بالانفلات لأنه لو أرسلها يضمن. وفي المبسوط: إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فما أصابت في فورها فالمرسل ضمن لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها، ولو انعطفت عنه يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه، وكذا إذا وقفت ثم سارت أي ينقطع حكم الإرسال بالوقفة أيضاً كما ينقطع بالعطفة بخلاف ما إذا وقف الكلب بعد الإرسال في الاصطياد ثم سار فأخذ الصيد لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل لأن مقصوده السير فينقطع به حكم الإرسال وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره حيث لا يضمن من أرسله، وفي إرسال البهيمة في الطريق يضمن لأنه شغل الطريق تعدياً فيضمن ما تولد منه، وأما الإرسال للاصطياد فمباح ولا ينسب بوصف التعدي؛ كذا ذكره في النهاية. وظاهره سواء كان سائقاً لها أو لا. وذكر قاضيخان: ولو أن رجلاً أرسل بهيمة وكان سائقاً لها ضمن ما أصابت في فورها، وكذا لو أرسل كلبه وكان سائقاً له يضمن ما أتلف، ولو لم يكن سائقاً لا يضمن. وكذا لو أشلى كلبه على رجل فعقره أو مزق ثيابه لا يضمن إلا أن يسوقه وقيل إذا أرسل كلبه وهو لا يمشي خلفه فعقر إنساناً أو أتلف غيره إن لم يكن معلماً لا يضمن لأن غير المعلم يذهب بطبع نفسه، وإن كان معلماً ضمن إن مر على الوجه الذي أرسله لأنه ذهب بإرسال صاحبه، أما إذا أخذ يمنة أو يسرة فلا يضمن لأنه مال عن سنن الإرسال إلا إذا كان خلفه. ولو أشلى كلبه حتى عض رجلاً لا يضمن كما لو أرسل بازياً، وعن أبي يوسف يضمن سواء كان يسوقه أو يقوده أو لا يقوده ولا يسوقه كما لو أرسل البهيمة. وعند **محمد** أنه إن كان سائقاً أو قائداً يضمن وإلا فلا، وبه أخذ الطحاوي، والفقيه أبو الليث كان يفتي

عين شاة لقصاب ضمن النقصان وفي عين بدنة الجزار والحمار والفرس ربع القيمة.

بقول أبي يوسف: وفي الزيادات: أشار إلى ذلك وعليه الفتوى. وفي الخلاصة: ولو كان لرجل كلب عقور يؤذي من مر به فلأهل البلدان يقتلوه، وإن أتلف شيئاً على صاحبه الضمان إن كان تقدم إليه قبل الإتلاف وإلا فلا شيء عليه كالحائط المائل. ولو أن رجلاً طرح رجلاً قدام سبع فقتله السبع فليس على الطارح شيء إلا التعزير والحبس حتى يتوب، وإنما قلنا بعدم الضمان في انفلات البهيمة لقوله على الصلاة والسلام «العجماء جبار»[1] أي فعلها هدر. وقال محمد: المنفلتة وهذا صحيح ظاهر ولأن الفعل مقتصر عليها وغير مضاف إلى صاحبها لعدم ما يوجب النسبة إليه من الركوب وأخواته. وفي الخانية: رجل بعث غلاماً صغيراً في حاجة نفسه بغير إذن أهل الصغير فرأى الغلام غلماناً صغاراً يلعبون فانتهى إليهم وارتقى ومات ضمن الذي أرسله في حاجته، ولو أن عبداً حمل صبياً على دابة فوقع الصبي منها ومات فدية الصبي تكون في عتق العبد يدفعه المولى أو يفديه، وإن كان العبد مع الصبي على الدابة فسارا عليها ووطئت الدابة إنساناً ومات فعلى عاقلة الصبي نصف الدية وفي عنق العبد نصفها. ولو أن حراً كبيراً حمل عبداً صغيراً على دابة ومثله يضرب الدابة ويستمسك عليها ثم أمره أن يسير عليها فوطئ إنساناً فكذلك تكون في عنق العبد فيأمر مولى العبد بالدفع أو الفداء ثم يرجع مولى العبد على الآمر لأنه باستعمال عبد الغير يصير غاصباً، فإذا لحقه غرم يرجع بذلك على الغاصب. وفي الفتاوى: أمر رجلاً بكسر الحطب فأعطى غلاماً الفأس فقال اعطني الأجرة لأكسر فأبى فكسر بغير إذنه فوقع الحطب على عين الغلام وذهب عينه اتفق مشايخنا أنه لا يكون على صاحب الحطب شيء. وفي التتمة سئل أبو الفضل عن صغيرين كانا يلعبان فأوقع أحدهما صاحبه إلى الأرض فانكسر عظم فخذه هل يجب على أقاربه شيء؟ فقال: إذا كان بحال لا يمكنه المشي بها فنصف الدية خمسمائة دينار على أقارب الصبي من جهة الأب.

قال رحمه الله: **(وفي فقوء عين شاة لقصاب ضمن النقصان)** لأن المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها إلا النقصان. قال رحمه الله: **(وفي عين بدنة الجزار والحمار والفرس ربع القيمة)** وقال الشافعي رحمه الله: ليس فيه إلا النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة. ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة. قال في العناية: فإن قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام فيما يؤكل، فالجواب أن الشيء الذي أوجب ذلك في غير المأكول من اللحم والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به اهـ. ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب وللزينة واللحم والعمل فمن هذا الوجه يشبه الآدمي وقد تمسك بغيره كالأكل، ومن هذا الوجه يشبه المأكولات فعملنا

---

(١) رواه البخاري في كتاب الديات باب ٢٨، ٢٩. مسلم في كتاب الحدود حديث ٤٥، ٤٦. أبو داود في كتاب الديات باب ٢٧. الترمذي في كتاب الزكاة باب ١٦. ابن ماجه في كتاب الديات باب ٢٧.

باب جناية المملوك والجناية عليه

جناية المملوك لا توجب إلا دفعاً واحداً لو محلاً لها وإلا قيمة واحدة جنى عبد خطأ

بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف، ولأنه إنما يمكن إقامة العمل فيها بأربعة أعين عيناها وعينا الفاعل لها فصارت كأنها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات أحدها. وإن فقأ عينيها فصاحبها بالخيار إن شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة، وإن شاء أمسكها وضمنه النقصان لأن المعمول به النصف وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه. وفي العناية: وإنما قال بدنة ليشمل البقر والإبل فإن الحكم فيها واحد وهو ربع القيمة. وفي العيني على الهداية: وفي فقء عين بدنة الجزار ـ بفتح الجيم ـ وهو ما اتخذ للنحر يقع على الذكور والأنثى؛ كذا في الطحاوي. والجزر القطع وجزر الجزور نحرها والجزار هو الذي ينحر البقرة اهـ. والله أعلم.

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ رحمه الله من بيان حكم جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد، وأخره لانحطاط رتبه العبد عن رتبه الحر؛ كذا في الشروح. أقول: فيه شيء وهو أن لقائل أن يقول: لما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحر على الحر مطلقاً بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد فالأظهر أن يقال: لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه، ولما كان فيه تعلق الملك بالمملوك ألبتة من جانب أخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية: لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لأن جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب والسائق أو القائد وهم ملاك اهـ. أقول: فيه أيضاً شيء إذ لقائل أن يقول: إن أراد جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فإن جنايتها بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحد منهم وإلا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها، وكذا الحال فيما إذا أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه، وكذا إذا انفلتت فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً كما عرف كل ذلك أيضاً في بابها. وإن أراد أن جنايتها قد تكون باعتبار أحد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التعريف. ويمكن أن يقال: الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدراً مما لا يترتب عليه حكم من أحكام الجناية في الشرع. وإنما ذكرت في بابها استطراداً وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الأحكام الشرعية فيتم التعريف. قال رحمه الله: (**جناية المملوك لا توجب إلا دفعاً واحداً لو محلاً لها وإلا قيمة واحدة**) أي جناية العبد لا

....

توجب إلا دفع رقبته إذا كان محلاً للدفع إذا كان قناً وهو الذي لم ينعقد له شيء من أسباب الحرية كالتدبير وأمومية الولد والكتابة، سواء كانت الجناية واحدة أو أكثر، لا توجب إلا دفع رقبته إذا كانت الجناية في النفس موجبة للمال وإلا فقيمة واحدة إن لم يكن محلاً للدفع بأن انعقد له شيء مما ذكرنا يوجب جنايته قيمة واحدة ولا يزيد عليها وإن تكررت الجناية وفي القن إذا جنى بعد الفداء يؤمر بالدفع أو الفداء بخلاف المدبر وأختيه فإنه لا يوجب إلا قيمة واحدة على ما بيناه في أثناء المسائل. والكلام في جناية المدبر وأم الولد من وجوه: الأول في جنايته على مولاه. والثاني في سعايته. والثالث في جناية المدبر. والرابع في جناية المدبر في يد الغاصب ودية جناية المدبر نفساً وما دونها على مولاه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، فإن كانت القيمة مثل الدية أو أكثر غرم مثل الدية إلا عشرة دراهم ويضمن قيمته يوم جنى وقيمة المدبر ثلثا قيمته كما تقدم، وهو إذا جنى جنايات أو جناية واحدة لا توجب إلا قيمة واحدة، ولو مات المدبر بعد الجناية بلا فصل ولم تنقص قيمته لم يسقط عن المولى شيء من قيمة العبد. ولو قتل مدبر رجلاً خطأ وقيمته ألف ثم صارت قيمته ألفين فقتل آخر خطأ فالألف درهم للثاني وتحاصا في القيمة الأولى وهي ألف درهم، فلو دفع المولى القيمة للأول بغير قضاء غرم للثاني ألف درهم واتبع الأول في نصف القيمة، وإن دفع بقضاء لا يغرم شيئاً اتفاقاً. ولو قتل المدبر مولاه خطأ سعى في قيمته، ولو جنى مدبر بعد موت المولى ولم يخرج من الثلث سعى في قيمته كالمكاتب إذا قتل مولاه خطأ سعى في قيمته، وإن خرج من الثلث كانت على العاقلة اتفاقاً. ومدبر ذمي في ذلك كله كمدبر مسلم، وكذا مدبر حربي مستأمن ما دام في دار الإسلام معه، فلو دبره في دار الإسلام ثم رجع به إلى دار الحرب فسبي عتق المدبر ولا يعزم ما جنى بعدما سبي ويعتق المدبر بموت المولى حكماً كما يعتق بموته حقيقة. ولو جنى الحر على المدبر فهو كما لو جنى الحر على القن، فلو قتله فعلى عاقلته الدية، ولو قطع يده فعليه نصف قيمته. مدبر قتل رجلاً خطأ فدفع المولى القيمة ثم قتل آخر خطأ فإن شاء الثاني تبع الأول بنصف القيمة، وإن شاء أخذ من المولى نصف القيمة ويرجع به المولى على الأول عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يغرم المولى شيئاً. مدبر حفر بئراً فمات فيها رجل فدفع المولى قيمته وهي ألف بقضاء ثم مات ولي الجناية وترك ألفاً وعليه ألفان ديناً لرجلين لكل ألف ووقع في البئر آخر فمات فالألف الذي تركه ولي الجناية الأولى يقسم بين الغرماء وبين ولي الجناية الثانية على خمسة أسهم للغرماء أربعة وله سهم لأنه لما وقع في البئر ظهر أن نصف قيمة المدبر وذلك خمسمائة دين لولي الجناية الثانية على ولي الجناية الأولى فظهر أن القيمة مشتركة بينهما تقسم على ما ذكرناه. عبد لرجل شجه رجل موضحة ثم دبره ثم شجه موضحة أخرى ثم كاتبه ثم شجه موضحة ثالثة ثم أدى الكتابة فعتق ثم شجه موضحة رابعة فمات من ذلك فهاهنا حكم الشجاج وحكم النفس، أما حكم الشجاج فالأولى يضمن

دفعه بالجناية فيملكه أو فداه بأرشها فإن فداه فجنى فهي كالأولى فإن جنى جنايتين

الشاج نصف عشر قيمته وهو عبد صحيح، وأما حكم الشجة الثالثة فإنه يضمن نصف عشر قيمته وهو مدبر مكاتب مشجوج شجتين، وأما حكم الشجة الرابعة فإنه يضمن ثلث الدية ولا يضمن الأرش، وأما حكم النفس فلا شيء على الشاج بسراية الشجة الأولى والثانية لأن سرايتهما منقطعة عن الجناية بالعتق والكتابة ويضمن للشجة الثالثة ثلث قيمته وهو مدبر مكاتب مشجوج بأربع شجات ولا يضمن ثلث الدية وإن مات حراً لأن ابتداء الشجة لاقى الكتابة، وإنما يضمن ثلث قيمته لا ربعها لأن الجناية الأولى والثانية حكمهما واحد والشجة الرابعة لاقته وهو حر وموجبها الدية فبان بهذا، واتضح أن النفس إنما تلفت معنى واعتباراً بثلاث جنايات ثلثها بالجناية الأولى وقد هدرت سرايتها وثلثها بالجناية الثالثة وسرايتها معتبرة فيضمن ثلث قيمته مشجوحاً بأربع شجاج لأن ثلاث شجاج منها ضمنها مرة فلا يضمن مرة أخرى، وما تلف بالشجة الرابعة يكون مضموناً على الشاج بالشجة الثالثة لأنه مات وهو منقوص بأربع شجات؛ كذا في المحيط مع اختصار. وفي الذخيرة: أم الولد إذا جنت جناية خطأ فالجواب فيها كالجواب في المدبر على التفصيل المتقدم اهـ.

قال رحمه الله: **(جنى عبد خطأ دفعه بالجناية فيملكه أو فداه بأرشها)** أي إذا جنى العبد خطأ فمولاه بالخيار إن شاء دفعه إلى ولي الجناية فإن دفعه ملكه ولي الجناية، وإن شاء فداه بأرشها. وقوله «خطأ» يحترز به من العمد وهذا التقييد إنما يفيد إذا كانت الجناية على النفس لأنها إن كانت عمداً توجب القصاص، وأما إذا كانت على الأطراف لا يفيد التقييد به إذا لا يجري القصاص فيها بين العبيد وبين الأحرار والعبيد. وقال الشافعي رحمه الله: جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها إلا أن يقضى المولى الأرش. وثمرة الخلاف تظهر في اتباع الجاني عنده وعندنا لا يتبع لا في حالة الرق ولا بعد الحرية، والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم؛ فعن ابن عباس مثل مذهبنا، وعن عمر وعلي مثل مذهبه؛ له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على الجاني لأنه المتعدي قال الله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] إلا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد فيجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته ويباع فيه كما في الجناية على المال. ولنا أن المستحق بالجناية على النفوس نفس الجاني إذا أمكن إلا أن استحقاق النفس قد يكون بطريق الإتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التملك والعبد من أهل أن يستحق نفسه بالطريقين فتصير نفسه مستحقة للمجني عليه صيانة عن الهدر إلا أن يختار المولى الفداء فيكون له ذلك لأنه ليس فيه إبطال حق المجني عليه بل مقصود المجني يحصل بذلك بخلاف إتلاف المال فإنه لا يستحق به نفس الجاني أبداً، ولأن الأصل في موجب الجناية خطأ أن يتباعد عن الجاني لكونه معذوراً ولكون الخطأ مرفوعاً شرعاً ويتعلق بأقرب الناس إليه تخفيفاً عن المخطئ وتوقياً عن الإجحاف إلا أن عاقلة العبد

....

مولاه لأن العبد يستنصر به وباعتبار النصرة تتحمل العاقلة حتى تجب الدية على أهل الديوان فيجب ضمان جنايته على المولى بخلاف الذمي فإنهم لا يتناصرون فيما بينهم فلا عاقلة لهم فيجب في ذمته صيانة عن الهدر، وبخلاف الجناية على المال لأن العاقلة لا تعقل المال إلا أن المولى يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد. واختلف في الموجب الأصلي قال التمرتاشي: الصحيح أن الأصل هو الدية أو الأرش لكن للمولى أن يختار الدفع وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل فيخير لأن التخيير مفيد. وقال غيره: الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الواجب بموت العبد الجاني قبل الاختيار لفوات محل الواجب، وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة عند أبي يوسف ومحمد فإن الواجب جزء من النصاب وله النقل إلى القيمة فكذا هذا بخلاف الجاني الحر في الخطأ حيث لا يبطل الموجب بموته لأنه لا يتعلق به الواجب استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر. وإذا اختار الدفع يلزمه حالاً لأنه عين فلا يجوز التأجيل في الأعيان وإن كان مقداراً بغيره وهو المتلف ولهذا سمى فداء وأيهما اختار فعله فلا شيء لولي الجناية غيره. أما الدفع فلأن حقه متعلق به فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حق المطالبة عنه، وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش، فإذا أوفاه حقه سلم العبد له، وكذا إذا اختار أحدهما ولم يفعل أو فعل ولم يخيره قولاً سقط حق المولى في الآخر لأن المقصود تعيين المحل حتى يتمكن من الاستيفاء والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل بخلاف كفارة اليمين حيث لم تتعين إلا بالفعل لأن المقصود في حقوق الله تعالى الفعل والمحل تابع لضرورة وجوده، ولا فرق بين أن يكون المولى قادراً على الأرش أو لم يكن قادراً عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه اختار أصل حقهم فبطل حقهم في العبد لأن ولاية التعيين للمولى لا للأولياء. وقالا: لا يصح اختياره الفداء إذا كان مفلساً إلا برضا الأولياء لأن العبد صار حقاً للأولياء حتى لا يضمنه المولى بالإتلاف فلا يملك إبطال حقهم إلا برضاهم أو بوصول البدل إليهم وهو الدية، وإن لم يختر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه بخلاف ما إذا مات بعد اختياره الفداء حيث لم يبراء المولى لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى.

قال في المحيط: ولو جنى عبد على جماعة فدفع إليهم فكان مقسوماً بينهم، وإن شاء المولى أمسكه وغرم الجنايات لأن تعلق حق الأول لا يمنع تعلق حق الباقين وللمولى أن يفدي بعضهم ويدفع إلى بعض مقدار ما تعلق به حقه بخلاف ما لو قتل العبد رجلاً خطأ وله وليان فاختار المولى الفداء لأحدهما أو الدفع إلى الآخر لم يكن له ذلك لأن ثمة الحق متحد يجب للمقتول أولاً ثم ينتقل إلى الورثة بطريق الخلافة عنه وهذا موجب الجناية المتحدة، وهنا الجنايات مختلفة وللمولى خيار الدفع أو الفداء فملك تعيين أحد الموجبين في كل جناية. ولو قتل إنساناً وفقأ عين آخر وقطع يده دفع العبد لأن الاستحقاق بقدر الحق وحق المقتول في

....

كل العبد وحق المفقوأة عينه في نصفه، وكذلك المقطوع يده، وكذلك إذا شج ثلاثة شجاج مختلفة دفع إليهم وقسم بينهم بقدر جناياتهم. ولو جنى العبد جنايات فغصبه إنسان وجنى في يد الغاصب جنايات فمات في يده فالقيمة تقسم بين أصحاب الجنايات كما تقسم الرقبة ولا خيار للمولى فيه لأن القسمة تعينت واجباً وهي أقل من أن يكون امساكها مفيداً وإن كان الفداء أكثر من القيمة. ولو قتل العبد الجاني عبد الرجل آخر فخير مولى العبد بين الدفع والفداء فإن فداه بقية المقتول قسمت القيمة بين أولياء الجناية الأولى على قدر حقوقهم لأن القيمة قائمة مقامه، ولو دفعه إلى مولى المقتول خير مولى المقتول في المدفوع بين الدفع والفداء فإن فداه بقيمة المقتول قسمت القيمة بين أولياء الجناية الأولى على قدر حقوقهم لأن الثاني قائم مقام الأول فكأنه هو، ولو كان حياً قائماً يخير المولى فكذا فيمن قام مقامه. وكذا لو قطع عبد يد الجاني فدفع به خير مولى العبد المقطوع بين الدفع والفداء لأن العبد الثاني قائم مقام الأول وكان حق ولي المقتول متعلقاً بجميع أجزائه فيظهر حقه في بدل الجزء ولو لم يظهر حقه في بدل الكل. ولو اكتسب العبد الجاني أو ولدت الأمة الجانية لم يدفع الكسب والولد معها لأن الملك ثبت لمولى الجانية بالدفع لا قبله فكان الدفع تمليكاً للعبد، فإذا اقتصر الملك على حالة الدفع لم يظهر في حق الكسب والولد بخلاف الأرش فإنه بدل الجزء فكان حق الدفع متعلقاً بذلك الجزء فيظهر استحقاق الأصل في حق البدل، أمة قطعت يد رجل ثم ولدت فقتلها الولد خير المولى فإن شاء دفع الولد، وإن شاء دفع فداه بالأقل من دية اليد ومن قيمة الأم لأن جناية المملوك على مملوك مولاه معتبرة إذا تعلق حق الغير به لأن الحق بمنزلة الحقيقة في حق إيجاب الضمان وقد تعلق بالأم حق المقطوعة يده فكانت جناية الولد عليها معتبرة قضاء لحق صاحب الحق.

وأما الجاني على أطراف العبد قال أبو حنيفة: وكل شيء من الحر فيه الدية يجب في العبد القيمة وكل شيء من الحر فيه نصف الدية ففيه من العبد نصف القيمة إلا إذا كانت قيمته عشرة ألاف وأكثر ينقص عشرة أو خمسة ففي رواية المبسوط والجامع أنه يجب أرش مقدر فيما دون النفس، وعندهما يقوم صحيحاً ويقوم منقوصاً بالجناية فيجب فضل ما بين القيمتين وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة؛ لهما أن ضمان أطراف العبيد ضمان أموال لأن أطراف العبيد معبرة بالأموال لأنها خلقت حرباً للنفس ولهذا لا يجب ضمانها على العاقلة وضمان الأموال مقدر بقدر النقصان. وله أن الأطراف من جملة النفوس حقيقة لأن النفس مركبة من الأطراف وفي إتلافها إتلاف النفس وفي استكمالها كمال النفس لكن فيها معنى المالية باعتبار أنها خلقت لمانع النفس ومصالحها فيجب اعتبارها فلا يجوز الخلاء النفسية عن أطراف البعيد بالكلية، وباعتبار النفسية فيها يجب أن يكون بدلاً مقدراً كالأطراف، وباعتبار معنى المالية فيها أوجبنا ضمانها على الجاني دون العاقلة لأن النص ورد بإيجاب الضمان على

. . . .

العاقلة في النفوس المطلقة ولم يوجد، فأما تقرير الضمان بما هو ملحق بالنفوس ملائم للأصل ألا ترى أن ضمان عين البقر والفرس مقدر بربع قيمته فصار العبد أولى أن يكون مقدراً. ولو قطع رجل يد عبد قيمته ألف ثم بعد القطع صارت قيمته ألفاً كما كانت قبل القطع ثم قطع رجل آخر رجله من خلاف ثم مات منها ضمن الأول ستمائة وخمسة وعشرين والآخر سبعمائة وخمسين لأن الأول قطع يده وقيمته ألف فغرم خمسمائة لأن اليد من الآدمي نصفه وبقيت قيمة النصف الآخر خمسمائة، وإذا زادت خمسمائة أخرى صارت ألفاً فهذه الزيادات لا تعتبر في حق قاطع اليد لأنها لم تكن موجودة وقت القطع وإنما حدثت بعده فبقي في حق قاطع اليد قيمة الباقي خمسمائة، ثم قاطع الرجل أتلف النصف الباقي وذلك مائتان وخمسون بقيت مائتان وخمسون تلفت بسراية جنايتهما فيجب على قاطع اليد نصف ذلك وذلك مائة وخمسة وعشرون وقاطع الرجل حين قطع رجله كانت قيمة العبد ألفاً ضمن نصفه وهو خمسمائة وبقي خمسمائة في حقه وقد تلفت بسراية جنايتين فضمن نصفه وذلك مائتان وخمسون يضم ذلك في خمسمائة فتصير سبعمائة وخمسين، ولو صار يساوي ألفين وهو أقطع فعلى قاطع الرجل ألف وخمسمائة لأن الزيادة في حق قاطع اليد غير معتبرة فصار وجودها وعدمها بمنزلة فعليه ستمائة وخمسة وعشرون كما وصفنا، فأما قاطع الرجل بالقطع أتلف نصفه فضمن قيمته وهي ألف وألف تلف بسراية الجنايتين يغرم نصفه وهو خمسمائة فيضم خمسمائة إلى الألف فيكون ألفاً وخمسمائة، وفي النوازل روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله: رجل قطع أذن عبد أو أنفه أو حلق لحيته فلم تنبت فعليه ما نقصه، وروى محمد عن أبي حنيفة أن عليه للمولى قيمته تامة إن دفع إليه العبد. وجه رواية الحسن أن الفائت من العبد معتبر من حيث المالية وبفوات الجمال تقل رغبات الناس فتنتقص المالية فيضمن النقصان. وجه رواية محمد أن ما يجب بتفويته من الحر كمال الدية فيجب بتفويته من العبد كمال القيمة في اليدين والرجلين لأن دية أطراف العبد مقدرة لما بينا. رجل فقأ عيني عبد ثم قطع آخر يده كان على الفاقئ ما نقصه وعلى القاطع نصف قيمته مفقوء العينين استحساناً، والقياس أن لا شيء على الفاقئ على أصل أبي حنيفة لأن عنده ليس للمولى إمساك المفقوء وتضمين النقصان وإنما له كمال القيمة وتمليك الجثة منه وبالقطع الطارئ على المفقوء امتنع تضمين القيمة فيقدر إيجاب الضمان عليه. وجه الاستحسان أن الجناية تقررت موجبة للضمان قبل القطع فلا يجوز تعطيل السبب عن الحكم وإهدار الجناية فيغرم النقصان صوناً للذمة عن الهدر والبطلان. وروى الحسن عن أبي حنيفة في عبد قتل رجلاً عمداً وله وليان فعفا أحدهما ثم قتل آخر خطأ فاختار الدفع فإنه يدفع أرباعاً ثلاثة أرباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد الذي لم يعف وهو قولهما. وروي أبو يوسف عن أبي حنيفة يدفع إليهما أثلاثاً ثلثاه لصاحب الخطأ وثلث لصاحب العمد.

....

وقال زفر رحمه الله: يدفع نصفه إلى ولي الخطأ وربعه إلى ولي العمد ويبقى ربعه للمولى. ولزفر رحمه الله أن حق الوليين متعلق بالعين وبعفو أحدهما سقط حقه وانتقل حق الآخر إلى الرقبة أو الفداء في النصف وحق ولي الخطأ في الكل لأنه لا يشاركه غيره فيه وحق الولي بالعفو عاد إلى الربع فيكون الربع له بقي ثلاثة أرباعه بينهما على قدر حقهما. وجه رواية الحسن أنه إذا عفا أحد ولي العمد ففي حق الآخر المزاحمة في الربع لأنه تعلق حق وليي الخطأ بالنصف لا بالكل فبقي حق غير الفاقئ فيه الربع فانتقل إلى الرقبة أو الفداء فيكون الباقي بينهما أرباعاً. وجه رواية أبي يوسف وهو الأصح أنه إذا عفا أحد وليي العمد بقي حق الآخر في النصف لأن حقهما قد تعلق بالكل لأن تعلق الأول لا يمنع تعلق الثانية إلا أن بالعفو فرغ نصف الرقبة عن حكم الجناية الأولى فبقي حق الأول متعلقاً بالنصف وحق الثاني في الكل فيكون المدفوع بينهما أثلاثاً. هشام عن محمد قال: مملوك قتل مملوكاً لرجل خطأ ثم قتل أخا مولاه وليس لأخي مولاه وارث غيره فإنه يدفع نصف العبد كله إلى مولى العبد أو يفديه والنصف الباقي للمولى لأن حق أخي المولى تعلق برقبة الجاني بعدما تعلق به حق المولى فتقع المزاحمة بينهما فيكون بينهما نصفين، وإذا انتقل النصف إلى المولى بالإرث سقط بعد الوجوب لأن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً فبقي حق الأول في النصف، فإن قتل أخا مولاه أولاً ثم قتل مملوك رجل خطأ فإنه يدفع العبد كله إلى مولى العبد المقتول أو يفديه لأنه لما انتقل الحق إلى المولى بالإرث سقط عنه، وإذا جنى على الثاني ولا يزاحمه الأول فقد تعلق حق ولي الجناية الثانية من غير مزاحمة، وإن كان لأخي مولاه بنت وقد قتله العبد أولاً فإنه يضمن ثلاثة أرباع العبد لمولى العبد المقتول وربعه للبنت لأن حق ولي الجناية الثانية تعلق بالنصف وتعلق حق الوارثين بالنصف إلا أنه سقط حق المولى عن الربع وبقي حق البنت في الربع، فإن كانت الضربتان معاً وليس له بنت فالعبد بينهما نصفان لأن الجنايتين افترقتا فلم تصادف إحداهما محلاً فارغاً. قال أبو حنيفة: رجل فقأ عيني عبد فمات العبد من غير الفقء فلا شيء على الفاقئ، وإن لم يمت ولكنه قتله إنسان لزم الفاقئ النقصان لأن الضمان ضمان تفويت المالية والقتل تفويت المال والموت حكم المالية ولا يفوتها. وقال محمد رحمه الله: يضمن النقصان في الوجهين لأن الجناية تحققت في الحالين فانعقدت موجبة للضمان. قال في الهداية: والمولى عاقلته. قال بعض الأفاضل: ليس هذا مخالفاً حيث لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً اهـ. وأجيب بأن المراد المولى كالعاقلة اهـ. قال في العناية: لا يقضى على المولى بشيء حتى يبرأ المجني أو يتم أمره لأن القضاء قبله قضاء بالمجهول وهولا يجوز. وفي المنتقى: إذا قتل العبد رجلاً خطأ فقال المولى أفدي نصفه وأدفع نصفه فهذا اختيار منه للعبد وعليه دية كاملة. قال رحمه الله: **(فإن فداه فجنى فهي كالأولى فإن جنى جنايتين دفعه بهما أفداه بأرشهما)** لأنه لما ظهر حكم الجناية الأولى بالفداء جعل كأنه لم يجن من قبل وهذه ابتداء

دفعه بهما أفداه بأرشهما فإن أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن الأرش

جناية، ولو جنى قبل أن تختار في الأولى شيئاً أو جنى جنايتين دفع دفعة واحدة، ولو جنايات قيل لمولاه إما أن تدفعه أو تفديه بأرش كل واحدة من الجنايات لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالمديون لأقوام أو لواحد ألا ترى أن ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه أولى أن لا يمنع بخلاف الرهن حيث لا يتعلق به حق غيره من الغرماء، والفرق أن الرهن إيفاء واستيفاء حكماً فصار كالاستيفاء حقيقة، فأما الجناية فليس فيها إلا تعلق الحق لولي الأولى وذلك لا يمنع تعلق حق آخر به ثم إذا دفعه إليه اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم أرش جنايته.

قال رحمه الله: **(فإن أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن الأرش)** يعني لو أعتق الجاني ولم يعلم بها ضمن الأقل من القيمة ومن الأرش، وإذا جرح العبد رجلاً فاختار المولى الفداء ثم مات المجروح خير مرة أخرى عند محمد استحساناً، وعند أبي يوسف عليه الدية ولا يخير قياساً. وهي من المسائل التي رجع فيها أبو يوسف رحمه الله من الاستحسان إلى القياس، ولو أعتقه وهو يعلم ثم مات المجروح كان مختاراً للدية إن كان خطأً وجه القياس أنه اختار أرش الجراحة فيكون اختياراً لأرشها، ما يحدث ويتولد عنها كالعفو عن الجراحة ويكون عفواً عنها وعما يحدث منها لأن السراية لا تنفك عن الجناية فيكون اختيار الأصل اختياراً للتبع المتولد منه ضرورة لأنه صار قاتلاً بتلك الجراحة فظهر أنه اختار إمساك العبد بعد القتل وهو عالم بالقتل كما لو أعتق العبد بعد الجراحة. وجه الاستحسان أن المولى إنما اختار إمساك العبد بمال قليل على حساب أن الجراحة لا تسري فبعد الموت لو لزمه لزمه حكم الاختيار بمال كثير وهو دية واختيار الإنسان إمساك العبد بمال قليل لا يكون اختياراً منه بأداء مال كثير لأنه غير راض به، فلو لزمه تضرر به فوجب أن لا يلزمه حكم الاختيار بالدية بخلاف ما لو أعتقه بعد الجراحة ثم مات لأنه لم ينص على اختيار العبد بمال قليل بل اختار إمساك العبد مطلقاً. قتل عبد رجلاً عمداً وله ولي واحد فطلب الفداء فاختار المولى الفداء عن نصف العبد يصير مختاراً للفداء عن الكل لأن في التفريق ضرراً عليه فلا يتمكن المولى من ذلك فصار مختاراً للفداء عن الكل ضرورة، وإن كان له وليان فاختار الفداء في نصيب أحدهما يصير مختاراً للفداء في حق الآخر في عامة الروايات لأن المستحق لموجب الجناية هو الميت لأن الجناية وردت على حقه وأمكن إثبات الملك لموجب الجناية لأن بعد الموت تبقى التركة على الحكم الملك، ولهذا لا تنفذ وصاياه وتقضى منها ديونه فوقع الملك للميت أولاً ثم انتقل إلى الوراث وكان المستحق لموجب الجناية هذا فيصير مختاراً للفداء من الكل ضرورة. وفي رواية كتاب الدر لا يصير مختاراً لأن الملك في موجب الجناية يثبت للمولى ابتداء لأن الميت ليس بأهل للملك فكان المستحق للجناية اثنين فالتفريق لا يلتحق

....

بأحدهما ضرر لم يكن مستحقاً عليه. وفي قتل الخطأ لو كان الولي واحداً فاختار الفداء في النصف يكون اختياراً للفداء في حق الآخر ما دام العبد قائماً لأن حقهما ثبت في العبد متفرقاً مشتركاً. وإذا مات العبد قبل أن يدفع النصف إلى الآخر يصير مختاراً للفداء لأن الحق ثبت للمقتول، ولو صالح أحدهما على نصف العبد خير المولى والولي المدفوع إليه بين أن يدفعا نصف العبد إلى الثاني أو يفديا لأن الجناية انقلبت مالاً والعبد في ملكهما فيعتبر بمال لو جنى جناية خطأ والعبد ملكهما يخير بين الدفع والفداء فكذا هذا لأن العبد فرغ من نصف الجناية بالصلح وبقي مشغولاً بالنصف فثبت لهما الخيار في النصف. وإن صالح أحدهما عن جميع العبد قيل للشريك ادفع نصفه إلى أخيك أو أفده لأنه انتقل الملك إليه ونصفه مشغول بالجناية، ولو قتلت أمة رجلاً عمداً وله وليان فصالح المولى أحدهما على ولدها صار مختاراً للفداء في نصيب الآخر فيفديه بنصف الدية. وذكر في كتاب الدرر لا يصير مختاراً للفداء. ولو صالح أحدهما في ثلث الأمة كان الثاني له خيار أن يدفعه أو يفديه. وفي الجامع والدرر: لا يكون منه اختياراً. وجه هذه الرواية أنه سوى بين الدفع والفداء في البعض، وذلك لأن الملك يقع للميت أولاً ثم ينتقل إلى الوارث لما بينا فكان ملك الميت أصلاً وملك الوارث بناء عليه فيكون المستحق للجناية واحداً، فاختيار الدفع والفداء في البعض يكون اختياراً في الكل لئلا يتفرق الملك على المستحق.

وجه رواية الصلح وهو الفرق بين الدفع والفداء أن الإنسان قد يضطر إلى أن يخرج بعض العبد عن ملكه لكي يعيد الزائل إلى ملكه في الثاني، وإذا وجد ثمن فلا يكون اختيار دفع النصف اختيار دفع النصف الآخر دلالة، فأما اختيار بعض الفداء يدل على اختيار إمساك الأمة في ملكه لرغبة لإمساكها المنافع تحصل له منها لا تحصل له من غيرها وتلك المنافع تحصل من جملها لا من بعضها، فاختيار إمساك الأمة يدل على اختيار الفداء ضرورة اختيار الصلح أن يقول المولى اخترت الفداء أو الدلالة كما لو تصرف فيه بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو بالعتق أو بالتدبير أو بالكتابة أو بعيب كفقء العين والجراحة وقطع اليد. وأما في الرهن والإجارة والنكاح كما لو تزوج منه امرأة وكانت أمة فتزوجها فهذا لا يكون اختياراً في ظاهر الرواية. وذكر الطحاوي أنه يصير مختاراً. ولو أن العبد مات قبل أن يختار المولى شيئاً بطلت الجناية عمداً كانت أو خطأ ولا يؤخذ المولى بشيء، فإن لم يمت ولكن قتله مولاه فإنه يصير مختاراً للأرش، فإن لم يقتله مولاه ولكن قتله أجنبي، فإن كان عمداً بطلت الجناية وللمولى أن يقتص، وإن كان خطأ يأخذ القيمة ثم يدفع تلك القيمة إلى أولياء الجناية حتى لو تصرف في تلك القيمة لا يصير مختاراً للأرش. وكذلك لو قتله عبد فخير الولي بين الدفع والفداء ويدفع إلى ولي الجناية، ولو دفع العبد إلى مولى العبد المقتول قام مقامه لحماً ودماً كأنه هو فيخير المولى بالفداء حتى لو تصرف في العبد المدفوع بالبيع أو بالعتق أو نحوه فإن يصير مختاراً للفداء،

....

ولو لم يقتله عبد الأجنبي ولكنه قتله عبد آخر لمولاه فإنه يخير المولى بين الدفع والفداء بقيمة العبد المقتول فإن دفعه العبد إليه سلم لهم، وإن اختار الفداء يفدى بقيمة العبد المقتول. ولو قطع الأجنبي يد هذا وفقأ عينه أو جراحة فيخير العبد الأجنبي، فإن دفع أو فداه بالأرش فإنه يقال لمولى العبد المفقوءة عينه ادفع عبدك هذا إلى ولي الجناية أو افده، وقيد الضمان في العتق يكون للقتل خطأ لأنه لو كان عمداً فأعتق لا يلزمه شيء، ولو كان العبد قتل رجلاً عمداً ووجب القصاص فأعتقه مولاه فلا يلزم المولى شيء، ولو كان للمقتول ولدان فعفا أحدهما بطل حقه وانقلب نصيب الآخر مالاً فله أن يستسعى العبد في نصف قيمته ولا يجب على المولى نصف القيمة. هذا إذا جنى فقط، فلو جنى وأتلف مالاً قال: ولو كان العبد استهلك مالاً فوجب عليه وقتل آخر خطأ فحضر أصحاب الديون وأولياء الجناية معاً فإنه يخير المولى بين الدفع والفداء، فإن ظهرت رقبة العبد عن الجناية فبعد ذلك يباع في الدين إلا إذا قضى السيد الدين، وإن اختار الدفع دفعه إلى أولياء الجناية ثم يتبعونه في دينهم. وإن حضر أصحاب الديون أولاً فباع المولى العبد في دينهم بغير أمر القاضي فإنه ينظر؛ إن كان عالماً بالجناية صار مختاراً للفداء، وإن كان غير عالم بالجناية يلزمه الأقل من قيمته ومن الدين. وإن كان الدفع للقاضي فإن كان القاضي غير عالم بالجناية فباع العبد في الدين لم تبطل الجناية، وإن كان القاضي يعلم بالجناية فباعه في الدين بطلت الجناية. وفي الذخيرة وفي الأصل: إذا جنى جناية وخير المولى بين الدفع والفداء فاختار نصف العبد واختار الفداء في نصفه الآخر فهذه المسألة على وجوه: أحدها أن يكون ولي الجناية واحداً بأن قتل العبد رجلاً خطأ وله ولد واحد والقتل خطأ، وفي هذا الوجه إذا اختار المولى الفداء في نصف العبد يصير مختاراً للفداء في الكل لذلك، وإذا اختار نصف العبد يصير مختاراً لدفع الكل وهذا باتفاق الروايات. والثاني أن يكون المقتول اثنين بأن قتل العبد رجلين خطأ ولكل واحد منهما ابن واختار المولى الفداء في أحدهما أو الدفع فإنه يبقى على اختياره في حق الآخر وهذا باتفاق الروايات أيضاً. الثالث إذا كان المقتول واحداً وله وليان فاختار المولى الفداء في حق الآخر ففي عامة الروايات يكون مختاراً للفداء، وفي كتاب الدرر لا يكون مختاراً للفداء، والأصل في هذه المسألة أن المولى متى أحدث في العبد تصرفاً يعجزه عن الدفع وهو غير عالم بالجناية يصير مختاراً، وإذا أحدث تصرفاً لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختاراً. وإن كان عالماً بالجناية، فإذا ثبت هذا الأصل فنقول الإعتاق تصرف يعجزه عن الدفع لأن إعتاقه نافذ وبعد العتق لا يمكنه الدفع فإذا أعتق مع العلم بالجناية يكون مختاراً للفداء، ولو كانت أمة فوطئها فهذا ليس باختيار للفداء عند علمائنا الثلاثة. وقال زفر رحمه الله: يكون مختاراً للفداء. وكذلك إذا تزوجها لا يكون مختاراً للفداء. وفي الظهيرية: إلا إذا أحبلها. وفي التهذيب: ولو كانت أمة فتزوجها لا يصير مختاراً للفداء، وكذلك إذا وطئها لا يكون مختاراً للفداء إلا إذا كانت بكراً أو علقت.

....

وذكر في المنتقى عن أبي يوسف في مسألة الوطء ثلاث روايات: قال في رواية الوطء لا يكون مختاراً للفداء وإن كانت الجارية بكراً وهذه رواية هشام، وفي رواية الحسن عن أبي مالك إن كان الوطء نقصها فهو اختيار للفداء، وإن لم ينقصها فليس باختيار وبه كان يقول أبو حنيفة. وعن أبي يوسف رواية أخرى أن الوطء اختياراً للفداء على كل حال. وفي الذخيرة وذكر في عتاق الأصل أنه يكون اختياراً للفداء فإن استخدمها لا يكون اختياراً للفداء. وفي السغناقي: حتى لو عطبت في الخدمة لا ضمان عليه، وكذا لو كان عليه دين فاستخدمه المولى لم يضمن الفداء. وفي السراجية: المولى إذا أذن العبد الجاني في التجارة ولحقه دين لم يصيره مختاراً للفداء. وفيه أيضاً: عبد قتل حراً خطأ ثم قتله رجل آخر خطأ فأخذ المولى قيمته من قاتله لم يكن مختاراً ويضمن مثلها لمولى الحر. السغناقي: ولو ضربه ضرباً أثر فيه الضرب حتى صار مهزولاً وقلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية، وإذا ضربه وهو غير عالم بالجناية كان عليه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية إلا أن يرضى ولي الدم أن يأخذه ناقصاً ولا ضمان على المولى. ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو غير عالم به ثم ذهب البياض لا يكون مختاراً للفداء بل يدفع ويفدى، ولو خوصم في حالة البياض فضمنه القاضي الدية ثم زال البياض فالقضاء نافذ فلا يرد. وأطلق في العتق والضمان فشمل ما إذا أعتقه بإذن ولي المجني عليه أولاً. وفي النوادر ابن سماعة: إذا أعتقه المولى بإذن ولي الجناية فهو اختيار للفداء وعليه الدية.

وفي الإملاء عن محمد رحمه الله: إن إجازة بيع العبد بعد جنايته في يده ليس باختيار للفداء في قول أبي يوسف ومحمد ويقال للمشتري ادفع أو رد. وفي التجريد: وأطلق في العتق فشمل ما إذا أعتق أو أمر به قال: ولو أمر المولى المجني عليه بإعتاقه فأعتقه صار المولى مختاراً. عبد بين رجلين جنى جنايتين فشهد أحد المولين على صاحبه أنه أعتقه لم تجز شهادته عليه ولو بالغاً حين شهد بهذا فعليه نصف الدية وعلى الآخر نصف القيمة. وفيه: رجل ورث عبداً أو اشتراه فجنى جناية وزعم المولى بعد جنايته أن الذي باعه إياه كان أعتقه قبل البيع أو أن أباه كان أعتقه فإنه مختار للفداء بهذا القول. وفي الجامع الصغير: إذا قال لعبده إذا قتلت فلاناً أو أدميته أو شججته أو ضربته فأنت حر يصير مختاراً للفداء. وفي الكافي: يكون على المولى دية القتيل عن علمائنا الثلاثة. وفي الكافي وقال زفر: لا يصير مختاراً للفداء وعليه قيمة العبد. قال الشيخ الإمام خواهر زاده: هذا إذا علق العتق بضرب يوجب الضمان حتى يكون المولى يخير بين الدفع والفداء، وأما إذا علق العتق بضرب يوجب القصاص بأن قال إن ضربت فلاناً بالسيف فأنت حر فإنه لا يلزم المولى شيء لا القيمة ولا الفداء. وفيه: رجل أذن لعبده في التجارة فلحقه دين ألف درهم وقيمته ألف وجنى جناية فأعتقه المولى وهو لا يعلم فإن عليه قيمتين. قتل العبد المرهون رجلاً خطأ وقيمته مثل الدين فللمرتهن أن يفدي

. . . .

وليس له أن يدفع، فإن قال لا أفدي كان للراهن أن يدفع بالجناية، فإن أعتقه كان مختاراً للفداء. وفي الكافي: ولو أقر مولى الجناية بعد العلم بالجناية أن العبد لهذا فهو اختيار للفداء عند زفر، وعندنا لا يكون مختاراً. وفي السغناقي: ولو أن عبداً في يد رجل جنى جناية فقال ولي الجناية هو عبدك وقال الرجل هو وديعة عندي لفلان أو عارية أو إجارة أو رهن، فإن أقام على ذلك بينة أجزت الأمر فيه، وإن لم يقم خوطب بالدفع أو الفداء. وقال زفر: مختار الدية بمجرد قوله إنه لفلان فإن فداه ثم قدم الغائب أخذه عبده بغير شيء، وإن كان دفعه فالغائب بالخيار إن شاء أمضى ذلك، وإن شاء أخذ العبد ودفع الأرش. وفي المنتقى: عبد قتل قتيلاً وقامت عليه البينة بذلك ثم أقر المولى أنه قتل قتيلاً آخر فإنه يؤمر بدفعه إليهما نصفين ثم يضمن نصف قيمته لصاحب البينة. الحسن بن زياد عن أبي يوسف: رجل أقر أن عبده قتل رجلاً خطأ ثم أقر عليه أيضاً برجل آخر أنه قتله خطأ يقال للمولى ادفع عبدك للأول خاصة أو افده، فإن دفعه فلا شيء للآخر، وإن فداه من الأول قيل له ادفع إلى الآخر نصيبه أو افده بنصف الدية. وروى ابن مالك أنه يقال للمولى ادفعه إليهما نصفين، فإن دفعه غرم الأول نصف قيمته، وإن قال أنا أفديه من الآخر دفعه كله إلى الأول، فإن قال أفديه من الأول فدع نصفه إلى الآخر وهو قول زفر. وذكر العباس بن الوليد عنه أنه إذا دفع نصفه إلى الثاني فهو مختار الدية من الأول. رجل في يديه عبد لا يدري أنه له أن لغيره لم يدع صاحب اليد أنه له ولم يسمع من العبد إقراره أنه عبد صاحب اليد إلا أنه يقر بأنه عبد فجنى هذا العبد جناية وثبت ذلك بالبينة أو بإقرار صاحب اليد ثم إن صاحب اليد أقر أنه عبد رجل وصدقه المقر له بذلك وكذبه في الجناية، فإن كانت الجناية ببينة قيل للمقر له ادفع أو افده، وإن كانت الجناية بإقرار الذي كان العبد في يده أخذ المقر له العبد وبطلت الجناية ولم يكن على المقر من الجناية شيء. وفيه أيضاً: عبد قطع يد رجل خطأ فبرأت فدفعه مولاه بجنايته ثم انتقض الجرح فمات منه قال يدفع قيمة عبده.

وفي العيون الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في عبد قطع أصبع رجل خطأ ففداه المولى بألف ثم مات المقطوع أصبعه كان ذلك الفداء باطلاً وكان عليه تمام الدية إن كان الفداء بغير قضاء القاضي، وصار بمنزلة من أعتق وهو يعلم. وفي الكافي: رجل قطع يد رجل عمداً فصالح المقطوعة يده على عبد ودفع إليه فأعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقه رد على مولاه، وقيل للأولياء إما أن تقتلوه وأما أن تعفوا. وفي النوادر: عبد جنى فأقر ابن السيد أنه حر فمات السيد فورثه هذا الابن فهو حر وعلى الابن الدية. جارية جنت وهي حامل فأعتق السيد ما في بطنها وهو يعلم بالجناية صار مختاراً قبل أن تضع ولو لم يكن عالماً بالجناية، فإن حضر الطالب قبل الوضع خير إن شاء ضمن المولى قيمتها حاملاً، وإن شاء أخذها حاملاً بجنايتها وكان ولدها حراً، وإن حضر بعد ما ولدت

....

خير المولى إن شاء دفع، وإن شاء فدى ولا سبيل على الولد. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا أعتق الرجل ما في بطن جاريته ثم جنت جناية فدفعها بالجناية جاز. وفي العيون أيضاً: باع جارية فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر فجنى على الولد ثم ادعاه البائع وهو يعلم بالجناية فعليه الدية لأصحاب الجناية في قول أبي يوسف. وقال زفر رحمه الله تعالى: عليه القيمة دون الدية والفتوى على قول أبي يوسف. وفيه أيضاً: جارية بين رجلين فولدت ولدها، فإن ادعاه أحدهما وهو عالم بالجناية قال أبو يوسف: الدية عليه، وإن لم يعلم قال زفر: إذا علم فعليه نصف القيمة. وفي العيون: جارية بين رجلين جاءت بولد فجنى الولد جناية فادعاه أحدهما، فإن علم بالجناية فعليه نصف الدية، وإن لم يعلم فعليه نصف القيمة، وهذا قول زفر. وقال أبو يوسف: عليه نصف الدية علم أو لم يعلم. قال لعبديه أحدكما حر ثم جنى أحدهما ثم صرف المولى العتق إليه قال أبو يوسف: إن علم بالجناية فعليه الدية. وقال زفر: عليه القيمة. وفي الظهيرية: ولو جنى كل واحد منهما بعد الايجاب ثم بين العتق في أحدهما عتق ولزمه الأقل من قيمته ومن الدية وبقي الآخر ملكاً له يقال ادفعه أو افده بالدية ولا يصير مختاراً للفداء، ولكن لو كانت جناية أحدهما قطع يد رجل وجناية الآخر قتل نفس لا يختلف الجواب. وفي التجريد قال أبو يوسف: إذا غصب رجل عبداً فقتل عنده قتيلاً خطأ ورده على مولاه فقتل عنده قتيلاً ودفعه المولى بالجنايتين رجع الولي على الغاصب بنصف القيمة ودفع إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع به على الغاصب فيسلم له. وقال محمد وزفر: يأخذ نصف القيمة فيسلم له ولا يدفعها إلى ولي الجناية. عبد جنى فأوصى المولى بعتقه في مرضه فأعتقه الوارث أو الوصي، فإن الوصي عالماً بالجناية فعليه الدية قدر قيمته من جميع المال والزيادة من الثلث، وإن لم يكن عالماً بها تجب القيمة في مال الميت في قول زفر، ولم يذكر أن الذي أعتق هل يضمن وماذا يضمن. وقال أبو يوسف: إن علم الذي أعتقه بالجناية فعليه الدية. قال الفقيه أبو الليث: أن يكون هذا قول أبي يوسف الأول أما على قياس قوله الآخر ينبغي أن يكون قوله مثل قول زفر كما قال في آخر كتاب البيوع: لو اشترى عبداً ولم ينقد الثمن حتى وكل وكيلاً بعتقه فأعتقه الوكيل لا ضمان على الوكيل في قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد. وهكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله. هذا إذا كانت الوصية بالعتق بعد ما جنى، أما إذا أوصى بعتقه قبل الجناية ثم جنى فمات الموصي فأعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو ضامن للجناية، وإن لم يعلم فهو ضامن من القيمة ولا يرجع على الورثة. إذا وكل رجلين بعتق عبده ثم إن العبد جنى جناية ثم أعتقه الوكيل وهو يعلم بالجناية فالمولى ضامن لقيمة العبد إن لم يكن عالماً بالجناية. وفي المنتقى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا أوصى بعتق عبده ثم مات وقد كان أوصى إلى رجل فجنى العبد جناية بعد موت الموصي ثم أعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو مختار الدية في ماله، وإن لم يعلم فعليه القيمة. وفي الظهيرية:

ولو عالماً بها لزمه الارش كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه إن فعل ذلك عبد

ولو قال لعبديه وقيمة كل واحد منهما ألف أحدكما حر ثم قتل أحدهما إنساناً خطأ ثم مات المولى قبل البيان وهو عالم بالجناية عتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته ويجب على المولى قيمة العبد الجاني فيستوفي من جميع تركته ولا يصير مختاراً للفداء بالموت من غير بيان واحد من العبدين. وفي التجريد: ولو قتل العبد المغصوب في يد الغاصب ومات وقد كان جنى قبل الغصب جنايات فالقيمة لأصحاب الجنايات ولا خيار للمولى في ذلك ولا يجوز إقرار العبد المأذون والمحجور عليه بالجناية ولا يسعى بعد العتق، ولو أقر بعد العتق أنه كان جنى في حالة الرق لم يلزمه شيء، ولو قتل العبد قتيلاً خطأ ثم قطعت يد العبد ثم آخر خطأ فأرش يده يسلم لأولياء الجناية الأولى ثم يدفعه العبد فيكون بين ولي الجنايتين، ولو اختلف المولى. وولي الجناية فادعى المولى أن قتل كان قبل الجناية وادعى ولي الجناية أنه كان بعدها فالقول قول الولي. ولو شج انساناً موضحة وقيمته ألف ثم قال قتل آخر وقيمته ألفان فإن المولى يدفع بينهما على أحد وعشرين سهماً لصاحب الموضحة سهم، وعشرون لولي القتيل. وكذلك لو كان عمي بعد القتل قبل الشجة وما يحدث من الزيادة والنقصان فهو على الشركة. وفي العيون: إذا أوصى بعتق عبد له فجنى العبد جناية أرشادهم فقالت الورثة بعد موت الموصى لا نفدي فلهم ذلك. فإذا تركوا الفداء يدفع بالجناية وتبطل بالوصية إلا أن يؤدي العبد من غير ما اكتسبه بأن يقول للإنسان أدّ عني درهماً ففعل يصح ويصير ذلك الدرهم ديناً على العبد يطالب به إذا اعتق.

قال رحمه الله: **(ولو عالماً بها لزمه الارش كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه إن فعل ذلك)** يعني أعتق عبده عالماً بالجناية صار مختاراً للفداء بهذا العتق لأن الإعتاق يمنع من الدفع فالإقدام عليه اختيار، فإذا أعتقه وهو يعلم بالجناية صار مختاراً للفداء لما قلنا وهو المراد بقوله «كبيعه» يعني لو باعه عالماً بالجناية وعلى هذين الوجهين الهبة والتدبير والاستيلاد لأن كل واحد منهما يمنع من الدفع لزوال الملك والتمليك به بخلاف الإقرار لغيره بالعبد الجاني على رواية الأصل لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك لأن الإقرار ليس بتمليك من جهة المقر وإنما إظهار الحق فيحتمل أن يكون صادقاً بذلك، فإذا لم يصر مختاراً لا يلزمه الفداء وتندفع الخصومة عنه إن أقام بينة أنه للمقر له، وإن دفعه كان المقر له إما أن تفديه أو تدفعه، فإن فداه صار متطوعاً بالفداء حتى لا يرجع به على المقر له إذا حضر وصدقه أنه له، وإن دفعه كان المقر له بالخيار إذا حضر إن شاء أجاز دفعه، وإن شاء فداه. ولا فرق في هذا المعنى بين أن تكون الجناية في النفس أو في الأطراف لأن الكل موجب للفداء فلا يختلف، وكذا لا فرق في البيع بين أن يكون بتاً وبين أن يكون فيه خيار المشتري لأن الكل يزيل الملك بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ثم نقضه أو العرض على البيع لأن الملك لم يزل به، ولا يقال المشتري بالخيار إذا باع بشرط الخيار له يصير مختاراً للإجارة به فوجب هنا أن يكون مختاراً للفداء لأنا نقول: لو لم يكن المشتري

....

مختاراً للزم منه ملك غيره وهنا لا يلزم، ولأنه يلزم في البيع بيع الغرر هنا لا يلزم. ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصير مختاراً للفداء حتى يسلمه لأن الملك لا يزول إلا به بخلاف الكتابة الفاسدة حيث يكون مختاراً للفداء لأن حكم الكتابة تعلق العتق بأداء المال وفك الحجر عن العبد في الحال وهو ثابت بنفس الكتابة ولا كذلك البيع الفاسد لأن حكمه وهو الملك لا يثبت إلا بالقبض. ولو كانت الكتابة صحيحة ثم عجز كان له أن يدفعه بالجناية، فإن كان ذلك قبل أن يقضي عليه بالقيمة وبعدها لا يدفعه لتقرر القيمة بالقضاء. ولو باعه من المجني عليه كان مختاراً للفداء بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرنا لأن فعل المأمور به ينتقل إلى الآمر. ولو ضربه فنقصه كان مختاراً بعد العلم لأنه جنس جزء منه، فإن أزال النقصان قبل القضاء بالقيمة كان له أن يدفعه بها لزوال المانع من الدفع قبل استقرار القيمة ويصير مختاراً بالإجازة والرهن في رواية كتاب الإعتاق لأنهما لازمان فيكون محدثاً فيه ما يعجز عن الدفع والأظهر أنه لا يصير مختاراً بهما للفداء لأنه لم يعجزه عن الدفع لأن له أن يفسخ الإجازة والرهن لحق المجني لتعلق حقه بعين العبد سابقاً على حقهما فيفسخان صوناً لحقه عن البطلان، وكذا لا يصير مختاراً بالإذن في التجارة وإن ركبه دين لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقض الرقبة إلا أن لمولى الجناية أن يمتنع من القبول لأن الدين لحقه من جهة المولى بعدما تعلق به حقه فلزم المولى قيمته. ولو جنى جنايتين فعلم بأحدهما دون الأخرى وتصرف به تصرفاً يصير به تصرفاً مختاراً للفداء فيما علم، وفيما لا يعلم يلزمه حصته من قيمة العبد. وقوله «كبيعه» وتعليق عتقه بقتل فلان أو رميه وشجه إن فعل ذلك أي يصير مختاراً ببيعه بعد العلم بها وبتعليق عتقه بما ذكرنا من القتل والرمي والشج يصير مختاراً كما يصير مختاراً بالإعتاق بعد الإعلام بها، وإنما يصير مختاراً بالتعليق عند علمائنا الثلاثة.

وقال رفر: لا يصير مختاراً كما لا يصير مختاراً بالإعتاق بعد الإعلام بها وإنما يصير مختاراً بما ذكرنا لأن أوان تكلمه به لا جناية من العبد ولا علم للمولى بما سيوجد بعدو بعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث بذلك في يمينه فكذا هذا ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز عنده فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية ألا ترى أن من قال لامرأته إذا دخلت الدار فوالله لا أقربك أربعة أشهر يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول، وكذا إن قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً ومات من ذلك يصير فاراً لأنه يصير مطلقاً بعد الدخول ووجود المرض بخلاف ما أورده لأن غرضه طلاق أو عتاق يمكنه الامتناع عنه فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه، ولأنه حرصه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إلى القتل، والظاهر أنه يفعله وهذا

....

دلالة الاختيار. هذا إذا علقه بجناية توجب المال كالخطأ وشبه العمد، وإن علقه بجناية توجب القصاص بأن قال له إن ضربته بالسيف فأنت حر فلا يجب على المولى شيء بالاتفاق لأنه لا فرق بين العبد والحر في القصاص فلم يكن المولى مفوتاً حق ولي الجناية بالعتق. وبكل قتل تجب الكفارة فيه يصير المولى مختاراً كالقتل بالمباشرة، وإن لم تجب الكفارة فيه لا يصير مختاراً وهو القتل تسبباً كما لو وقع في بئر حفرها المولى لأن القتل تسبباً ليس بقتل حقيقة لأن القتل فعل في الحر ويؤثر في إزهاق الروح والتسبب ليس بفعل في الحر لأنه لم يوصل إلا إلى الدية ولهذا لم يجب القصاص ولا يحرم الإرث فلم يصر مستملكاً للعبد وبالقتل مباشرة صار مستدعياً للعمد في كل موضع صار متلفاً للعبد يضمن الفداء لما بينا. ولو أخبره عبده بالجناية فاعتقه المولى وقال لم أصدقه فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يضمن ما لم يخبره رجل حر عدل، وعندهما يضمن الدية وإن كان المخبر فاسقاً أو كافراً وقد مرت في الوكالة والشفعة. ولو به لغيره فهو على قسمين: إما أن أقر بالجناية أولاً ثم بالملك أو على عكسه، وكل قسم لا يخلوا إما أن كان الملك في العبد معروفاً للمقر أو كان مجهولاً. أما القسم الأول لو أقر بالجناية ثم بالملك لغيره والملك في العبد معروف للمقر، فإن صدقة المقر له في الملك والجناية جميعاً يقال للمقر له ادفع العبد أو فده لأنه صح الإقرار لأن حق المجني عليه لا يمنع نفوذ تصرف المولى لأن حقه في الدافع أو الفداء وهو باقٍ بعد الاقرار والثابت بالإقرار كالثابت بالبينة العادلة، ومتى ظهر الملك للمقر له بالإقرار ظهر أن الجناية صدرت من ملكه وإن كان كذبه فيها لا يكون المقر مختاراً للفداء خلافاً لزفر؛ له أن صحة الإقرار لا تتوقف على تصديق المقر له، ولهذا لو مات المقر قبل التصديق يصير المقر به ميراثاً لورثته فقد زال العبد عن ملكه بنفس الإقرار وهو عالم بالجناية فيصير مختاراً. ولنا أن صحة الإقرار لا توجب على التصديق والبطلان يتوقف على التكذيب وإذا اتصل به التكذيب بطل من الأصل، فلو صدقه في الملك وكذبه في الجناية صار المقر مختاراً للفداء لأن الإقرار بالجناية على العبد صادف ملكه في العبد فصح، ثم إذا أقر بالملك لغيره وصدقه المقر له صار مزيلاً للعبد عن ملكه فصار كما لو باعه أو وهبه. وأما القسم الثاني لو أقر بالملك أولاً ثم بالجناية إن صدقه فيهما فالخصم هو المقر له، وإن كذبه فيهما فالخصم هو المقر، وإن صدقه في الملك وكذبه في الجناية هدرت الجناية لأنه لما صدقه المقر في الملك ظهر أن اقراره بجناية العبد صادق فلا يصح إقراره بالجناية متى كذبه المقر له فلم تثبت الجناية، وكذلك إن كان العبد مجهولاً لا يدري أنه للمقر أم لغيره فأقر بالجناية أولاً ثم بالملك أو بالملك أولاً ثم بالجناية لأن الملك ثابت للمقر بظاهر اليد لا يستند إلى دليل، والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق واختيار الفداء فلم يصر مختاراً للفداء بخلاف ما لو كان الملك له معروفاً لأن ملكه ثابت مستند إلى دليل سوى ظاهر اليد فصلح حجة لاثبات ما لم يكن، ولو قال كنت بعته من فلان قبل الجناية وصدقه فلان يخير المشتري بين الدفع والفداء لأنه ثبت الملك بتصادقهما.

قطع يد حر عمداً ودفع إليه فحرره فمات من اليد فالعبد صلح بالجناية وإن لم يحرره رد

قال رحمه الله: **(عبد قطع يد حر عمداً ودفع إليه فحرره فمات من اليد فالعبد صلح بالجناية وإن لم يحرره رد على سيده ويقاد)** لأنه إذا لم يعتقه وسرى ظهر أن الصلح كان باطلاً لأن الصلح وقع على المال وهو العبد عن دية اليد لأن القصاص لا يجري بين الحر والعبد في الأطراف وبالسراية ظهر أن دية اليد غير واجبة وأن الواجب هو القود فصار الصلح باطلاً لأن الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة كما لو وطئ مطلقته ثلاثاً في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فإنه لا يصير شبهة في درء الحد فكذا هذا فوجب القصاص. أقول: فيه بحث وهو أنه إذا أراد أن البطلان لا يورث الشبهة فيما إذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في نظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعاً ههنا لأن الدافع لم يعلم أن القطع يسري فيكون موجبه القود بل ظن أن لا يسري وكان موجبه المال، وإن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وإن لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا ترى أنه إذا وطئ المطلقة ثلاثاً في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن أنها تحل له فإنه يورث الشبهة فيدرء الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود، ويفهم أيضاً ههنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه. وأما إذا أعتقه فقد قصد صحة الإعتاق ضرورة لأن العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له إلا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضي به جاز فكان مصالحاً عن الجناية، وما يحدث منها على العبد مقتضى الاقدام على الإعتاق والمولى أيضاً مصالحاً معه على هذا الوجه راضياً به لأنه لما رضي بكون العبد عوضاً عن القليل كان راضياً بكونه عوضاً عن الكثير، فإذا أعتقه صح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء، وإذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلاً فيرد العبد إلى المولى والأولياء بالخيار إن شاؤوا عفوا عنه، وإن شاؤوا قتلوه. وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير: رجل قطع يد رجل عمداً فصالح المقطوع يده على عبده ودفعه إليه فأعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقد رد على مولاه، وقيل للأولياء إما أن تقتلوه أو تعفوا عنه، والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة: ثم هذه المسألة وهي مسألة الصلح ترد إشكالاً على قول أبي حنيفة فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هناك، وفي هذه المسألة قال: يبطل الصلح ويجب القصاص فيما إذا لم يعتق العبد، وإن أعتقه فالصلح باقٍ على حاله. فالجواب أما إذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر في مسألة الصلح جواب القياس، وما ذكر في مسألة الصلح جواب الاستحسان فيكونان على القياس والاستحسان. وقيل بالفرق بينهما ووجه أن الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية ولا يبطلها لأن الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى باستيفاء بدلها ولهذا تعينت الجناية وتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص، أقول: يرد عليه

على سيده ويقاد جنى ما دون مديون خطأ فحرره سيده بلا علم عليه قيمتان قيمة لرب

أنه إن أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع كيفما كان، وقد صرحوا في صدر كتاب الجنايات بأن موجب القتل العمد القود إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو وفي إسقاط موجب الجنايات، وإن أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل بل يقرر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال، وإن سقوطه بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذٍ قولهم، فإذا لم تبطل الجناية لم يمنع العقوبة إذا لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الأصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذٍ الفرق رأساً بين صورتي الغدو والصلح، والعفو أيضاً لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل قبل العفو كما لا يخفى. وأما العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع وإن بطل بالسراية إلى النفس لكن بقيت شبهته لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد، وأما إذا أعتقه فجوابه هو الفرق الذي ذكرناه أن العتق يحصل صلحاً ابتداء بخلاف العفو، وعلى قولهما أيضاً يرد في الصورتين لأنهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفواً عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعلا كذلك بل أوجبا القصاص عليه إذا لم يعتقه وجعلاه صلحاً مبتدأ إذا أعتقه وقد قدمنا مسائل سراية الجرح فلا نعيدها، والله أعلم.

قال رحمه الله: **جنى ما دون مديون خطأ فحرره سيده بلا علم عليه قيمتان قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية)** لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع على الأولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع، ويمكن الجمع بين الحقين أيضاً من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية أولاً ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي والمسألة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك لأنه دون الملك فصار كأنه ليس فيه حق، ثم الغريم أحق بتمليك القيمة لأنها مالية العبد والغريم مقدم في المالية على ولي الجناية لأن الواجب أن يدفع إليه ثم يباع للغريم فكان مقدماً معنى والقيمة هي فتسلم إليه، وفي الفصل الأول كان التعارض بين الحقين وهما متساويان فيضمنهما فيظهران. وقيد بعدم العلم لأنه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأوليائه وقيمة العبد لصاحب الدين لأن الإعتاق بعد العلم موجب الأرش، والأصل أن العبد إذا جنى وعليه دين خير المولى بين الدفع إلى ولي الجناية والفداء، فإن اختار الدفع إلى ولي الجناية دفع ثم يباع في الدين، فإن فضل شيء فهو لولي الجناية لأنه بدل ملكه وإلا فلا شيء له، وإن بدأ بالدفع جمعاً بين الحقين لأنه أمكن بيعه بعد الدفع، ولو بدأ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لأنه لم يوجد في يد المشتري جناية، ولا يقال لا فائدة في الدفع إذا كان يباع عليه لأنا نقول: فائدته ثبوت استخلاص العبد لأن ولي الجناية ثبت له حق الاستخلاص وللإنسان أغراض في

الدين وقيمة لولي الجناية مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها في الدين وإن جنت فولدت لم يدفع الولد له .عبد زعم رجل أن سيده حرره وقتل وليه خطأ لا شيء له عليه. قال

العين، فإذا كان الواجب هو الدفع فلو أن للمولى دفعه إلى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحساناً لأنه فعل عين ما يفعله القاضي وفي القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه أو وهبه، ولو دفعه إلى أصحاب الدين صار مختاراً للفداء كما لو باعه لأنه ليس بواجب عليه بل الواجب عليه الدفع الجناية أولاً. ولو أن القاضي باعه في الدين ببينة قامت عليه ثم حضر ولي الجناية ولم يفضل من الثمن شيء سقط حقه لأن القاضي لا تلزمه العهدة فيما فعل، ولو فسخ البيع ودفع إلى ولي الجناية لاحتيج إلى بيعه ثانياً لما ذكرنا فلا فائدة في الفسخ وقد قررنا هذه المسألة بفروعها. قال رحمه الله: **(مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها في الدين وإن جنت فولدت لم يدفع الولد له)** والفرق أن الدين متعلق برقبتها لأن الدين عليها وهو وصف لها حكمي فسرى إلى الولد لأن الصفات الشرعية الثابتة في الأصل تسري إلى الفروع كالملك والرق والحرية، وأما الدفع في الجناية فواجب في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع وقبل الدفع كانت رقبتها خالية عن حق الجناية فكذلك لا يجري القصاص على الأولاد ولا الحد لأنهما فعلان محسوسان كالدفع ولا يبيعها فيه. فإن قيل: إذا كان الدين عليهما فلماذا يضمن المولى إذا أعتقها والإنسان إذا أتلف المديون لا يضمن شيئاً؟ قلنا: وجوب الضمان باعتبار تفويت ما تعلق به حقهم استيفاء لا باعتبار وجوب الدين على المولى ألا ترى أنه يضمن القيمة لا غير، ولو كان باعتبار الوجوب عليه يضمن كل الدين كالعبد الجاني إذا أعتقه المولى بعد العلم بالجناية ولهذا يتبع الغريم بالفاضل العبد المديون بعد العتق، ولو كان على المولى لما أتبعه كالعبد الجاني ولا يرد علينا وجوب دفع الأرش معها إذا جنى عليها قبل الدفع وأخذ المولى الأرش لأن الأرش بدل جزئها وهو ولي الجناية متعلق بجميع أجزائها، فإذا فات جزء منها وأخلف بدلاً تعلق به حقه كما إذا قتلت وأخلفت بدلاً اعتباراً للجزء بالكل بخلاف الولد. وقوله «مأذونة ولدت» شرط السراية إلى الولد أن تكون الولادة بعد لحوق الدين لأنها إذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكتساب حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده لأن لها يداً معتبرة في الكسب حتى لو نازعها فيه أحد كانت هي الخصم فيه، فباعتبار اليد كانت هي أحق به من سيدها لقضاء دينها بخلاف الولد فإنه إنما يستحق بالسراية وذلك قبل الانقضاء لا بعده كولد المكاتبة وولد أم الولد والمدبرة وكولد الأضحية لأنها حقوق مستقرة في الرقبة حتى صار صاحبها ممنوعاً عن التصرف. وإذا جنى العبد جناية ثم أذن له المولى في التجارة فلحقه دين دفع بجنايته فإن الدائن يتبعه، فإذا بيع لهم رجع أولياء الجناية على المولى بقيمة العبد، وكذلك لو أقر عليه بدين ثم دفعه بجنايته في دينه ورجع أولياء الجناية بقيمته على

معتق لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال بعد العتق فالقول للعبد وإن قال لها

المولى، وذكر بعد هذا إذا وجب الدين على العبد ببينة ثم أقر المولى عليه بجنايته خطأ بيع العبد في الدين ولم يلتفت إلى الجناية. وفيه أيضاً: رجل في يده عبد لا يدري أنه له أو لغيره ولم يدع صاحب اليد أنه له ولم يسمع من العبد إقرار أنه عبد صاحب اليد إلا أنه يقر بأنه عبد فجنى هذا العبد جناية وثبت ذلك بالبينة أو بإقرار صاحب اليد، ثم إن صاحب اليد أقر أنه لرجل وصدقه المقر له بذلك وكذبه في الجناية فإن كانت الجناية ببينة قيل للمقر له ادفع أو افده، وإن كانت الجناية باقرار الذي كان العبد في يده أخذ المقر له العبد وبطلت الجناية ولم يكن على المقر من الجناية شيء وقد قدمناها بغير هذه العبارة.

قال رحمه الله: **(عبد زعم رجل أن سيده حرره وقتل وليه خطأ لا شيء له عليه)** معناه إذا كان العبد لرجل فزعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد خطأ ولي ذلك الرجل الذي زعم أن مولاه أعتقه وليه فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أقر أنه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالأرش وإنما يستحق الدية عليه وعلى العاقلة لأنه حر فيصدق في حق نفسه فيسقط الدفع والفداء عن المولى ولا يصدق في دعواه الدية عليهم إلا بحجة. وقال في النهاية: وضع المسألة فيما إذا جنى جناية ثم أقر المجني عليه أنه حرره قبل الدفع وجعل في الكتاب الإقرار بالحرية قبل الجناية وهما لا يتفاوتان، وكذا إذا أقر المجني عليه بعد الدفع إليه أنه حر لأنه ملكه بالدفع وقد أقر له بحريته فيعتق عليه بإقراره، وصار نظير من اشترى عبداً ثم أقر بتحريره مولاه قبل الدفع. وفي الأصل جعل المسألة على ثلاث أوجه: أما إن أقر ولي الجناية أن العبد حر الأصل أو أقر أنه حر أو أقر أن مولاه أعتقه، فإن أقر أنه حر الأصل فلا ضمان لولي الجناية لا على العبد ولا على المولى، وكذلك الجواب إذا أقر أنه حر أو أقر أن مولاه أعتقه، فأما إذا أقر أنه أعتقه فإن أقر به قبل الجناية فالجواب كالجواب فيما إذا أقر أنه حر الأصل، وإن أقر أنه أعتقه بعد الجناية فقد أقر ببراءة العبد وادعى على المولى الفداء إن ادعى أنه أعتقه وهو عالم بالجناية، إن ادعى أنه لم يكن عالماً ادعى على المولى ضمان القيمة وأنكر المولى ما ادعى عليه من ضمان الفداء أو القيمة فيكون القول قول المولى مع يمينه وعلى ولي الجناية إقامة البينة، وفي المسألتين الأوليين لا يدع على المولى ضماناً فلا يكون بين ولي الجناية وبين المولى خصومة ويكون العبد على حاله. هذا إذا كان الإقرار من ولي الجناية قبل الدفع، فأما إذا كان الإقرار من ولي الجناية وبين المولى خصومة ويكون المولى بعد الدفع إليه أقر أنه حر الأصل أو أقر أنه حر لم يكن له على المولى سبيل ولا على العبد إلا أن العبد يعتق ولا يكون لأحد على العبد ولاء، وإن أقر أنه كان أعتقه قبل الجناية فإنه يحكم بحرية العبد لأنه أقر بحريته والعبد في ملكه ويكون ولاؤه موقوفاً لأنه لمولى العبد ومولى العبد يبرء من ذلك وأقر بأنه لولي الجناية، فإن زعم أنه أعتق من جهته فيكون ولاؤه موقوفاً. قال رحمه الله:

قطعت يدك وأنت أمتي وقالت بعد العتق فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها إلا الجماع

(قال معتق لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال بعد العتق فالقول للعبد) معناه إذا أعتق العبد ثم قال رجل بعد العتق قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الرجل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان لما أنه أسند إلى العتق حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا كان رقه معروفاً، والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداء فصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي أو بعت داري وأنا صبي وقال طلقت امرأتي وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا. وقد اتفقوا على أصلين: أحدهما أن الانتساب إلى عادة معهودة متنافية للضمان توجب سقوط المقر به، والآخر أن من أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه إلا بحجة. فإن قيل: إن العبد قد ادعى تاريخاً سابقاً في إقراره والمقر له منكر فينبغي أن يكون القول قوله، وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد الوجوب كأن قال لها قطعت يدك لأصله وهنا هو منكر لأصله فصار كمن يقول لعبده أعتقتك قبل أن تخلق أو قبل أن أخلق.

قال رحمه الله: **(وإن قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت بعد العتق فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة)** وهذا عندهما. وقال محمد: لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه يؤمر برده عليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناد الفعل إلى حالة معهودة منافيه له كما في المسألة الأولى، وكما في الوطء والغلة وفي القائم أقر للضمان حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي تنكر والقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد عليهما. ولهما أنه أقر بسبب ظاهر ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره أذهبت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر لا بل أذهبتها وعينك اليمنى مفقوءة كان القول قول المقر له. وهذا إذا لم يسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه لا يضمن يدها إذا قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وإذا أخذه من غلتها أو إن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان في حقها أي في حق الغلة والوطء، وعلى هذا الخلاف لو قال رجل لرجل حربي أسلم أخذت مالك وأنت حربي فقال بل أخذته بعد ما أسلمت. وفي العناية: ومثلها مسألة الحربي وصورتها: مسلم دخل دار الحرب بأمان فأخذ مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا إلينا فقال المسلم أخذت منك وأنت حربي وقال الحربي الذي أسلم أخذت مني وأنا مسلم فالقول للحربي على الخلاف المتقدم اهـ. وعلى هذا الاختلاف إذا قال أخذت منك ألف درهم من كسبك وأنت عبدي وقال العبد لا بل أخذته بعد العتق، وعلى هذا الخلاف ما إذا أسلم الحربي أو صار ذمياً فقال له رجل مسلم قطعت يدك وأنت حربي وأخذت كذا وكذا وأنت حربي في دار الحرب وقال الحربي لا بل فعلت بعد ما أسلمت أو قال بعد ما صرت إلى دار

والغلة عبد محجور أمر صبياً حراً بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبي وكذا إن أمر

الإسلام فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف القول قول الحربي والمسلم ضامن، وعلى قول محمد وزفر القول قول المسلم ولا ضمان عليه. وإذا أسلم الحربي فقال لرجل مسلم قطعت يدك وأنا حربي في دار الحرب وقال المسلم فعلت ما فعلت وأنت في دار الإسلام، وذكر في كتاب الإقرار من الأصل أنه على هذا الخلاف وأجمعوا على أنه إذا قال لجاريته بعد ما عتقها وطئتك قبل العتق وقالت الجارية لا بعد العتق أن القول قول المولى ولا ضمان عليه وأجمعوا على أن من أعتق عبداً له فقال العبد لرجل آخر قطعت يدك وأنا عبد وقال ذلك الرجل لا بل بعد ما أعتقت أن القول قول المقر ولا ضمان عليه. قال رحمه الله: (**عبد محجور أمر صبياً حراً بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبي**) لأن الصبي هو المباشر للقتل وعمده وخطؤة سواء تجب على عاقلته ولا شيء على العبد الآمر، وكذا الحكم إذا أمره بذلك صبي، والأصل أن الأمر بما لا يملكه الآمر إذا لم يعلم المأمور بفساد الأمر صحيح في حق الآمر والمأمور حتى يثبت للمأمور والرجوع عن الأمر إذا لحقه غرم في ذلك بيان ذلك: أمر رجلاً بأن يذبح هذه الشاة وهي لجاره ولم يعلم المأمور بذلك فإنه يصح الأمر في حقهما حتى إذا ضمن الذابح للجار قيمة الشاة يرجع بها على الآمر، فإن علم أن الشاة لغيره وهو حر بالغ لا يصح الأمر حتى لا يرجع بما لحقه من مغرم لأنه لم يصر عاملاً للآمر، وإن كان المأمور صبياً يصح الأمر سواء كان عالماً بفساد الأمر حتى لا يرجع بما لحقه من مغرم أو لا لنقصان عقل ويلحق به المجنون، وأما مسألتنا فالأصل أن الصبي مؤاخذ بضمان الأفعال دون الأقوال فيما يتنوع إلى صحيح وفاسد؛ أما صحة فعله فلصدوره من أهله في محله. النوادر: أمر صبياً بقتل دابة أو بمزق ثوب أو بأكل طعام لغيره فالضمان على الصبي في ماله ويرجع بذلك على الآمر، ولو أمر الصبي بالغاً ففعل لم يضمن الصبي، ولو أمر الحر البالغ بذلك فالضمان على الفاعل. وفي المحيط: لو قال اقتل ابني أو اقطع يده أو اقتل أخي فقتله اقتص من القاتل قياساً وتجب الدية استحساناً ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبداً ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لأن عدم الاعتبار كان لحق المولى لا بنقصان أهلية العبد وقد زال حق المولى بالإعتاق بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية. وفي شرح الزيادات: لا ترجع العاقلة على العبد أيضاً أبداً لأن هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر إيجابه على المولى لما كان على العبد الحجر، وهذا أوفق للقواعد ألا ترى أن العبد إذا أقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شيء لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان على ما بينا قبل هذا ولهذا لو حفر العبد بئراً فأعتقه مولاه ثم وقع فيها إنسان فهلك لا يجب على العبد شيء وإنما يوجب على المولى فيجب عليه قيمة واحدة، ولو مات فيها ألف نفس فيقسموها بالحصص.

قال رحمه الله: (**وكذا إن أمر عبداً**) معناه أن يكون الآمر عبداً والمأمور أيضاً عبداً

....

محجوراً عليهما فيخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الآمر في الحال ويرجع بعد العتق بالأقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع الزيادة، وعلى قياس ما ذكره العتابي لا يجب عليه شيء لما بينا. وهذا إذا كان القتل خطأ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل صغيراً لأن عمده خطأ على ما بينا، وأما إذا كان كبيراً يجب القصاص لأنه من أهل العقوبة. ولو أمر رجل حر صبياً حراً فالدية على عاقلة الصبي لأنه المباشر ثم ترجع العاقلة على عاقلة الصبي لأنه المتسبب إذ لو لا أمره لما قتل لضعف فيه. ولا يقال كيف تعقل عاقلة الرجل ما لزم بسبب القتل فينبغي أن يكون كالإقرار لأنا نقول: هذا قول لا يحتمل الكذب وهو تسبب فيعلقه بخلاف الإقرار بالقتل لأنه يحتمل الكذب فلا تعقله العاقلة. ولو كان المأمور عبداً محجوراً عليه كبيراً أو صغيراً يخير المولى بين الدفع والفداء وأيهما اختار يرجع بالأقل على الآمر في ماله لأن الآمر صار غاصباً للعبد بالأمر كما إذا استخدمه وضمان الغصب في ماله لا على العاقلة. وإن كان المأمور حراً بالغاً عاقلاً فعلى عاقلته الدية ولا ترجع العاقلة على الآمر بحال لأن أمره لم يصح ولا يؤثر وهو أيضاً يأمر مثله لا سيما في الدم، وأن كان الآمر عبداً مأذوناً في التجارة كبيراً كان أو صغيراً والمأمور عبداً محجوراً عليه أو مأذوناً يخير مولى المأمورين الدفع والفداء وأيهما فعل يرجع على العبد المأذون له لأن هذا ضمان غصب وأنه من جنس ضمان التجارة لأنه يؤدي إلى تملك المضمون بأداء الضمان، والمأذون له يؤخذ بضمان التجارة بخلاف ما إذا كان المأمور حراً حيث لا ترجع عاقلة المأمور على الآمر في الحال ولا بعد الحرية لعدم تحقق الغصب في الحر. ولو كان المأمور صبياً حراً مأذوناً له في التجارة فحكمه حكم العبد المأذون له حتى يرجع عليه فيما إذا كان المأمور عبداً لتحقق الغصب فيه ويكون ذلك في ماله دون العاقلة لأنه ليس بضمان جناية وإنما هو ضمان تجارة ولا يرجع عليه إذا كان المأمور حراً لعدم تصور الغصب فيه فصار الصبي الآمر في حقه كالصبي المحجور. ولو كان الآمر مكاتباً صغيراً كان أو كبيراً والمأمور صبي حر تجب الدية على عاقلة الصبي وترجع العاقلة على المكاتب بالأقل من قيمته ومن الدين لأن هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فإن حكم جنايته على المولى فيجب عليه إن أمكن وإلا سقط على ما بينا. وإن عجز المكاتب بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة تباع رقبته إلا أن يفدي المولى بديتهم، والقياس أن يبطل حكم جنايته وهو قول أبي حنيفة لأنه بالعجز صار قناً وأمره لا يصلح، وهما يقولان لما قضى عليه بالقيمة صار ديناً عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته لأن حكم جنايته إنما يصير ديناً عليه بالقضاء ولم يوجد، وإن عجز بعد ما أدى كل القيمة لا يبطل، وإن كان المأمور عبداً يخير مولاه بين الدفع أو الفداء ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور إلا إذا كانت قيمته أكثر من الدية فنقص عشرة دراهم. بقي

....

إشكال وهو أن يقال إن هذا ضمان الغصب ففيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف ينقص عشرة دراهم كضمان الجناية؟ فجوابه هذا الغصب لكن يحصل بسبب الجناية فاعتبر بها في حق التقدير. وإن عجز المكاتب فمولى المأمور ويطلب مولى المكاتب ببيعه لأن ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب، وإن أعتق المولى المكاتب فالمأمور بالخيار إن شاء رجع بجميع قيمة المأمور على المعتق وبالفضل على المعتق لأنه ضمان غصب فلا يبطل بالإعتاق وإن شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق إلى تمام قيمة المأمور. وإن كان المأمور مكاتباً يجب على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الآمر لأنه تعذر أن يجعل ضمان غصب لأن المكاتب حر من وجه فلا يكون محلاً للغصب صغيراً كان أو كبيراً لأن المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل إن كان مأموراً. قيد بقوله «عجز» لأنه لو جنى قبل العجز لا يباع بل يخير المولى. قال في المحيط: مكاتب جنى جنايات أو واحدة كان على المولى الأقل من قيمته ومن أرش الجنايات لأن المكاتب مملوك رقبة حر يداً مطلقاً وتصرفاً، فباعتبار أنه مملوك رقبة تكون جنايته على المولى، وباعتبار أنه حر يداً وكسباً يجب أن يكون موجب جنايته عليه على أن إكسابه حق له وقد تعذر دفعه بموجب الجناية فيجب عليه الأقل من القيمة ومن الأرش، وإن تكررت الجنايات قبل القضاء لزمه قيمة واحدة، ولو جنى فقضى عليه ثم جنى أخرى يقضى عليه بقيمة أخرى خلافاً لأبي يوسف. ولو قتل رجلاً ولم يقض عليه حتى عجز وعليه دين دفع بالجناية ثم يباع في الدين وإن فداه بيع بالدين، ولو مات عن مال قضى في ماله بالجناية ثم بالكتابة ثم بالإرث لأنه مات عن وفاء فلا تنفسخ الكتابة، وإن كان عليه دين وجناية فقضى عليه بالجناية فالدين والجناية سواء لأن الجناية صارت ديناً بالقضاء، وإن لم يقض بالجناية فحكم ما تقدم. مكاتبة جنت ثم ولدت ولم يقض دفعت وحدها، ولو قضى عليها ثم ولدت بيعت، فإن وفي ثمنها بالجناية وإلا بيع ولدها لأن الولد المولود في الكتابة حكم أمه. ولو كاتب نصف أمته فجنى أحدهما على صاحبه لزم الجاني الأقل من قيمته ومن نصف الجناية وجناية عبد المكاتب كجناية عبد الحر، ولو جنى المكاتب على مولاه أو على عبد مولاه أو على ابن مولاه كانت الجناية عليهم كالجناية على غيرهم لأن جناية المكاتب عليهما معتبرة، وإذا كان مكاتب بين اثنين يعتبر كل نصف منه على حدة في الأحكام المتقدمة بناء على أن الكتابة تتجزئ. ولو كانت أمة مشتركة فكاتبها أحدهما بغير إذن شريكه فولدت وكاتب الآخر نصيبه من الولد ثم جنى الولد على الأم أو الأم عليه لزم كل واحد منهما ثلاثة أرباع قيمة المقتول عند الإمام، ولو أقر المكاتب بالجناية. المبسوط: أصله أن المكاتب في حق جناية توجب المال بمنزلة الحر لأنه استيجاب المال على نفسه والمكاتب من أهل استيجاب المال على نفسه بخلاف العبد لو أقر بجناية توجب المال لا يصح لأن موجبها يجب على مولاه فجعل مقراً

....

على مولاه فلم يصح. وإذا أقر المكاتب بجناية عمداً أو خطأ لزمه لأنه في حق الجناية ملحق بالحر، ولو قضى عليه بجناية خطأ ثم عجز هدر موجبه عند أبي حنيفة، وعندهما يؤخذ ويباع فيها بناء على أن المكاتب لو أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به ولو عجز عنده وصار ديناً عليه أو لا. وعندهما يؤخذ به إذا صار ديناً عليه بالقضاء. ولو أعتق ضمن قضى بها أو لا، وكذلك لو صالح ولي العمد وقد أقر به ثم عجز هدرت عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يباع فيه لأن القصاص بعد الصلح صار موجباً للمال وأصل الجناية ثبت بإقراره.

ومن أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به بعد العجز عند أبي حنيفة، وعندهما يؤاخذ به إذا صار ديناً عليه بالصلح. ولو أقر الولد على أمه بجناية لم يثبت، فإن ماتت الأم لزمه الأقل من الدين والكتابة لأن الفاضل من الدين الموروث يكون له فيقدر الفضل من دينه جعل مقراً على نفسه وصار كالحر، إذا أقر على مورثه بدين ثم مات المورث وعليه دين صح الإقرار بالفاضل من دينه فكذا هذا. وإذا عجز بعد ذلك لم يلزمه لأنه صار قناً، وإن كان أدى ثم عجز لا يسترد من المقر له لأن إقراره بذلك قد صح. ولو أقرت الأم على ابنها بجناية ثم قتل الابن خطأ وأخذت قيمته قضى بما أقرت في القيمة لأن بدل الولد يكون للأم ككسبه فصارت مقرة على نفسها، وكذلك لو أقرت على ابنها بدين وفي يده مال ولا دين عليه جاز إقرارها بالدين في كسبه لأن كسب ولدها لها فصارت مقرة على نفسها. عبد بين رجلين فقأ العبد عين أحدهما ثم جرحه ثم كاتب المفقوءة عينه نصيبه منه ثم جرحه جرحاً آخر فمات منها سعى المكاتب في الأقل من نصف القيمة وربع الدية وعلى المولى الذي لم يكاتب نصف قيمة العبد لورثة المقتول لأنه قتل بجنايتين لأنه جنى عليه قبل الكتابة وبعدها، فما تلف بالجناية قبل الكتابة وهو الربع هدر لأنه جناية عبد على مولاه، وما تلف بالجناية بعد الكتابة وهو الربع معتبرة لأنه جناية مكاتب على مولاه فيضمن المكاتب الأقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لأنه لما هدرت بالجناية قبل الكتابة صار كأنه جنى نصف المكاتب على ربع مولاه لا غير. وأما نصف الساكت فلأنه قتل الحر بجنايتين لأنه جنى عليه قبل الكتابة بعدها، فما تلف بالجناية قبل الكتابة وهو الربع هدر لأنه جناية عبد الغير على أجنبي فضمن الساكت نصف القيمة ما لم يصل إليه نصيبه بضمان أو سعاية لأن قيمة نصيبه بالكتابة وجبت على المكاتب حال حياته، فما لم يصل إليه حقه من تركته لا يلزمه أيضاً نصف القيمة. عبد بين رجلين فجنى على أحدهما ثم باع الآخر نصف نصيبه من المجني عليه وهو يعلم بالجناية ثم جنى عليه بجناية أخرى، ثم أن الذي باع نصفه اشترى الربع وكاتب المجني عليه نصيبه منه ثم جنى عليه ثلاث جنايات ثم أدى الكتابة فعتق ثم مات المولى من الجنايات فعلى المكاتب بجنايته وهو مكاتب الأقل من نصف قيمة

عبداً عبد قتل رجلين عمداً ولكل وليان فعفا أحد وليي كل منهما دفع سيده نصفه إلى الآخرين أو فداه بالدية وإن قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فدى

العبد ومن سدس وربع سدس الدية لأن نصف المكاتب قبل نصف الحر بثلاث جنايات جنايتان قبل الكتابة وهما مهدرتان لأنهما جناية عبد على مولاه، وجناية بعد الكتابة وهي معتبرة لأنها جناية المكاتب على مولاه، فالمهدرتان صارتا كجناية واحدة لأن حكمهما واحد فبقيت جنايتان أحدهما مهدرة، والأخرى معتبرة فيضمن المكاتب ربع الدية. وأما نصف الساكت فربعه المبيع قبل ربع الحر بثلاث جنايات جناية قبل البيع وهي معتبرة لأنها جناية مملوك على مولاه، وجناية بعد الكتابة وهي معتبرة لأنها جناية مملوك على أجنبي، فسهمان من هذا الربع مضمون وسهم مهدرة، وصار كل ربع على ثلاثة أسهم والكل على اثني عشر، والربع الذي لم يبعه قبل ربع الحر بثلاث جنايات جناية قبل البيع وقد تلف بها سهم من الحر وقد صار المولى مختاراً لذلك السهم من الدية بالبيع، وجناية بعد البيع، وجناية بعد الكتابة وهما معتبرتان لأنهما جناية مملوك على أجنبي فهاتان الجنايتان حكمهما واحد فيعتبران كجناية واحدة فصار كأن هذا الربع جنى جنايتين فصار المولى مختاراً لسهمين ونصف من النصف الذي للساكت فيكون سدساً وربع سدس من اثني عشر ولم يصر مختاراً لسهمين ونصف سهم ونصف من الربع وسهمان من الربع الذي باعه وهو هدر نصف سدس الدية وذلك سهم من اثني عشر. ولو قطع يد رجل ثم باعه أحدهما من صاحبه وهو يعلم ثم اشتراه فقطع يد آخر وفقأ عين الأول فماتا قبل للمشتري ادفع نصفك إليهما نصفين أو افده بعشرة آلاف بينهما، وقيل للبائع افد الأول بربع الدية أو ادفع نصفك إليهما أثلاثاً ثلثه للأول وثلثه للثاني أو افده من الأول بربع الدية ومن الثاني بنصف لأن النصف الذي لم يبع قبل نصف كل واحد منهما إلا أن نصف أحدهما بجنايتين والأخرى بجناية واحدة وكلاهما معتبرتان فيخاطب بالدفع أو الفداء والنصف الذي باع قبل نصف كل واحد منهما إلا أن نصف أحدهما بجنايتين بجناية قبل البيع وهي القطع وقدر صار مختاراً للبيع الذي تلف بهذه الجناية بالبيع فعليه ربع الدية وبجناية بعد البيع وهي الفقء، ولم يصر مختاراً لما تلف بهذه الجناية فتيقن في نصيبه ربع دية أحدهما ونصف دية الآخر فيدفع نصيبه إليهما أثلاثاً أو الفداء؛ كذا في المحيط.

قال رحمه الله: (**عبد قتل رجلين عمداً ولكل وليان فعفا أحد وليي كل منهما دفع سيده نصفه إلى الآخرين أو فداه بالدية**) أي للمولى الخيار إن شاء دفع نصف العبد إلى الذي لم يعف من وليي القتيلين، وإن شاء فداه بدية كاملة لأن كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة، فإذا سقط القصاص وجب أن ينقلب كله مالاً وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفاً ودفع العبد غير أن نصيب العافين سقط مجاناً فانقلب نصيب الساكتين مالاً وذلك

....

دية كل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما؛ كذا ذكر الشارح. قال في المحيط: عبدان التقيا ومع كل واحد عصا فاضطربا وبرئا دفع مولى كل واحد بالآخر ولا يرجعان بشيء سوى لأن كل واحد منهما ملك عبده من صاحبه ولا يفيد التراجع لأنه لو رجع أحدهما لرجع الآخر لأن حق كل واحد منهما ثبت في رقبة كاملة، فما يأخذ أحدهما من صاحبه فذاك بدل آخر وتعلق به حقه فلا يفيد الرجوع وإن اختار الفداء فدى كل واحد بجميع أرش جنايته لأنهما لما اضطربا معاً فقد جنى كل واحد منهما على عبد صحيح فتعلق حق كل واحد من المولين بعبد صحيح فيجب بدل عبد صحيح، وإن سبق أحدهما بالضربة خير مولى البادئ لأن البداية من مولى اللاحق لا تفيد لأن حق اللاحق في عبد صحيح كامل الرقبة، فإذا دفع إلى البادئ عبده مشجوجاً كان للاحق أن يسترده منه فكان دفعه مفيداً، فإن دفعه فالعبد للمدفوع إليه ولا شيء للدافع لأنه لو رجع البادئ بشيء كان للمدفوع إليه أن يرجع عليه ثانياً لأن حقه في رقبة عبد صحيح فلا يفيد رجوع البادئ، وإن فداه خير مولى اللاحق بين البدفع والفداء لأنه برئ عبد البادئ عن الجناية بالفداء وصار كأنه لم يجن وإن جنى عليه العبد اللاحق، فإن مات البادئ كانت قيمته في عنق الثاني يدفع بها أو يفدي، فإن فداه بقيمة الميت يرجع في تلك القيمة بأرش جراحة عبد وصار كأنه لم يجن، وإنما جنى عليه البادئ والبادئ إن مات فالقيمة قائمة مقامه لأنه حي قائم وإن دفعه رجع بأرش شجة عبده في عنقه ويخير المدفوع إليه بين الدفع والفداء لأن المدفوع قام مقام الميت الشاج. وإن مات العبد القاتل خير مولى العبد البادىء، فإن فداه أو دفع بطل حقه في شجته لأنه حين شج اللاحق البادئ كان اللاحق مشجوجاً فثبت حق المولى البادئ في شجة عبده. ولو مات البادئ من شيء آخر سوى الجناية وبقي اللاحق خير المولى ويقال له إذا شئت ادفع واعف عن مولى اللاحق ولا سبيل لواحد منهما على الآخر، وإن شئت ادفع أرش شجة اللاحق وطالبه، فإن دفع إلى صاحبه أرش عبده يرجع بأرش جناية عبده فيدفع مولى اللاحق عبده أو يفده؛ أما العفو فلأنه مولى البادئ بجنايته وإذا دفع كان لمولى اللاحق أن يطالبه بأرش شجة عبده وكان لمولى البادئ أن يدفع إليه العبد المدفوع ثانياً ليبرأ عن حقه فلا يفيد الدفع. وإنما دفع أرش شجة اللاحق لأنه متى دفع أرش عبد اللاحق فقد طهر البادئ عن الجناية وصار كأنه لم يجن، وإنما جنى عليه العبد اللاحق فيخاطب مولى اللاحق بالدفع أو الفداء وأي ذلك اختار لا يبقى لواحد منهما على صاحبه سبيل لأنه وصل إلى كل واحد منهما حقه، وإن أبى مولى البادئ أن يدفع الأرش فلا تعلق له في عنق الحر لأن مولى البادئ كان مخيراً بين العفو وبين دفع الأرش والمطالبة بشجة عبده، فإذا امتنع من دفع الأرش صار مختاراً للعفو وصار كأنه قال عفوتك عن حق فبطل حقه. ولو مات اللاحق وبقي البادئ خير مولاه. فإن دفعه بطل حقه، وإن فداه بأرش فداه عبده وفي الفداء لأن البادئ طهر عن

بالدية لولي الخطأ وبنصفها لأحد وليي العمد عبدهما قتل قريبهما فعفا أحدهما بطل

الجناية فلا يكون لمولى اللاحق أن يسترجع منه الأرش ثانياً. فأما الدفع لم يظهر عن الجناية فبقي حق مولى اللاحق متعلقاً بما فات بالشجة من العبد البادئ والعبد المدفوع بدله فيتعلق حقه ببدله، فلو رجع مولى البادئ بأرش شجته كان لمولى اللاحق أن يسترجع منه لأن حقه كان متعلقاً بالفائت من الفائت البادئ فلا يفيد الرجوع. ولو برئا ثم قتل البادئ اللاحق جريحاً كان في عنق البادئ أرض اللاحق وقيمته ويخير بين دفعه وفدائه، فإن دفعه فلا شيء له لما بينا، وأن فداه فداه بأرش الشجة وقيمة المقتول لأن البادئ شج اللاحق ثم قتله مشجوجاً فيلزمه أرش الشجة وقيمته مشجوجاً متى اختار الفداء ويسلم أرش الشجة المقتول لمولاه خاصة ويكون أرش شجة الحي في هذه القيمة يأخذ مولاه منها وما بقي لمولى المقتول لأن حق مولى البادئ إنما يثبت في حق اللاحق وهو مشجوج لأنه حين جنى على البادئ وهو مشجوج فيأخذ من قيمته مشجوجاً أرش شجة البادئ، فإن فضل منه شيء يكون لمولى اللاحق لأنه بدل عبده وقد فرغ عن حق الغير. ولو قتل البادئ اللاحق فإن لم يطلب ولي المقتول الجناية لم يكن لأحدهما على صاحبه شيء لأن مولى المقتول يخير بين العفو والفداء بأرش الشجة الثانية، وإن طلب الجناية بدأ عنه بأرش الحي ثم خير مولى الحي بين أن يدفع عبده أو يفديه بقيمة المقتول ويسلم ذلك لولي المقتول لأن العبد اللاحق قبل البادئ مشجوجاً فيخير مولاه بين دفعه وفدائه بقيمته مشجوجاً وأي ذلك فعل لا يبقى لأحدهما على صاحبه سبيل لأنه وصل إلى كل واحد منهما. حقه. ولو قتل أحدهما صاحبه بعد ما برئا ولا يعلم البادئ بالشجة خير مولى القاتل لأنه تعذرت البداءة بالبادئ للجهالة، ولو تعذرت البداءة بسبب موت البادي تعذر القتل فكذا هذا، فإن دفع عبده كان له نصف أرش شجة المقتول وعلى قيمته مشجوجاً فيأخذ الذي دفعه من حصته فيمته مشجوجاً من العبد المدفوع أو يفديه لأن القاتل بالدفع قام مقام المقتول لحماً ودماً فصار كأن المقتول بقي حياً لمولاه يرجع بنصف أرش شجة عبده متى اختار الدفع فكذا إذا دفع بدله. وأن اختار مولى القاتل فداه بقيمة المقتول صحيحاً لأن القاتل هو البادئ بالشجة. شج عبداً صحيحاً ثم قتله فعليه قيمة عبد صحيح، وإن كان القاتل هو اللاحق فقد شج البادي وهو صحيح ثم قتله كان المولى القاتل أن يفدي عبده بقيمة المقتول صحيحاً ويرجع بأرش الشجة في الفداء بعد ما يدفع إلى مولى العبد المقتول نصف أرش شجته لأن القيمة قامت مقام المقتول. ولو كان المقتول حياً وقد شج كل واحد منهما صاحبه ولا يعلم البادئ منهما يرجع كل واحد منهما فيما دفع إلى صاحبه بنصف أرش شجة عبده، والمدفوع إليه يتخير بين الفداء وبين ما يخص نصف أرش الشجة من العبد المدفوع إليه فكذا تركته.

قال رحمه الله: **(وإن قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فدى بالدية**

. . . .

لولي الخطأ وبنصفها لأحد وليي العمد) لأن حقهما في الدية عشر آلاف وحق وليي العبد في القصاص، فإن عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالاً وهو نصف الدية خمسة آلاف، فإذا فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة آلاف لولي الخطأ وخمسة آلاف لغير العافي من وليي العمد، وإن دفعه إليهم أثلاثاً ثلثاه لولي الخطأ وثلثه للساكت من ولي العمد بطريق العمد لأن حقهم في الدية كذلك فيضرب ولياً الخطأ بعشرة آلاف ويضرب غير العافي من وليي العمد بخمسة ألاف، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يدفعه أرباعاً بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ وربعه لغير العافي من وليي العمد لأن نصفه سلم الولي الخطأ بلا منازعة فاستوت منازعتهم في النصف الآخر فينتصف. فإن قيل: ينبغي أن يسلم للمولى ربع العبد في هذه المسألة وهي نصيب العافي من وليي العمد ويدفع ثلاثة أرباعه إليهم تقسم بينهم على قدر حقوقهم كما سلم له النصف وهو نصيب العافين قلنا: لا يمكن ذلك هنا لأن لوليي الخطأ استحقاق كله ولم يسقط من حقهما شيء، وهذا لأن حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة في المسألتين غير أنه لما عفا ولي كل قتيل سقط حق العافين على الرقبة في المسألة الأولى وخلى نصيبهما منه عن حقهما وصار كذلك للمولى وهو النصف بخلاف ما نحن فيه فإن حق ولي الخطأ ثابت في الكل على حاله وكانت الرقبة كلها مستحقة لهما والنصف لغير العافي من ولي العمد فلهذا افترقا فيقسمونها كلها على قدر حقوقهم بطريق العول والمنازعة، ولهذه المسألة نظائر ذكرناها في كتاب الدعوى من هذا الكتاب بأصولها الذي نشأ منها الخلاف بتوفيق الله تعالى فلا نعيدها. ولم يتعرض المؤلف لما إذا جنى القن على الغاصب ونحن نذكر ذلك تتميماً للفائدة. قال في الجامع الصغير: غصب عبداً فقتل عند الغاصب عمداً رجلاً ثم رده إلى مولاه فقتل عنده رجلاً آخر خطأ واختار المولى دفعه بالجنايتين فإنه يكون بينهما نصفين، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفعه إلى ولي الجناية الأولى، ثم يرجع به على الغاصب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد وزفر: يرجع ذلك إلى ولي الجناية الأولى، ولو كان العبد جنى عند المولى أولاً ثم عند الغاصب ثم رد الغاصب العبد على المولى ودفعه المولى بالجنايتين جميعاً رجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفعها إلى ولي القتيل، ولا يرجع بذلك مرة أخرى على الغاصب في قولهم جميعاً. أما دفعها إلى ولي القتيلين فيكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفعها إلى ولي القتيل، وكذلك لو كان مكان العبد مدبر كان الجواب فيه كالجواب في العبد من الوفاق والخلاف وصورته: رجل غصب مدبر رجل وقد كان المدبر قتل قتيلاً خطأ عند المولى فقتل قتيلاً آخر عند الغاصب فرد الغاصب المدبر على المولى فعلى المولى قيمة المدبر بين ولي القتيلين نصفين، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة المدبر ولا يرجع بجميع قيمة المدبر، فإذا رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة فإن

....

لولي القتيل الأول أن يأخذ ذلك من المولى، عندهم جميعاً، ولو كان جنى أولاً عند الغاصب وجنى ثانياً عند المولى وحصر المولى قيمته ورجع على الغاصب بنصف قيمته هل يسلم ذلك للمولى؟ فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول لا يسلم، وعلى قول زفر يسلم: قال في الأصل: وإذا غصب الرجل عبداً من رجل فقتل عنده قتيلاً خطأ ثم اجتمع المولى وأولياء القتيل فإن العبد يرد على مولاه، وإذا رد عليه العبد يقال له جنى وهو بمحل الدفع فتخير، فإن دفع أو فداه رجع على الغاصب بالأقل من قيمة العبد ومن الأرش، وإن كان زاد عند الغاصب زيادة متصلة واختار الدفع فإنه يدفع العبد مع الزيادة سواء حدثت الزيادة قبل الجناية أو بعدها، ثم لا يرجع المولى على الغاصب بقيمة الزيادة، وإن استحقت الزيادة بسبب أحدثه العبد عند الغاصب، ولو هلكت الزيادة من حيث القيمة لا يضمنها الغاصب. هذا إذا زاد العبد في يد الغاصب، فإن اعور العبد في يد الغاصب وقد جنى عنده جناية فهو على وجهين: إما إن اعور بعد الجنايتين أو قبل، فإن اعور بعد الجناية. وقد اختار المولى الدفع فإنه يدفعها إلى ولي الجناية ثم يرجع المولى على الغاصب ثانياً بنصف قيمة العبد صحيحاً حين جنى وكل له قيمة العبد، وإن اعور قبل الجناية واختار المولى الدفع فإنه يدفع العبد اعور ثم يرجع بقيمة العبد صحيحاً على الغاصب، فإذا أخذ ذلك سلم له ولم يكن لولي الجناية أن يأخذ منه شيئاً. العبد المغصوب إذا جنى على مولاه جناية موجبة للمال بأن قتله خطأ أو جنى على رقيقه خطأ أو على ماله بأن أتلف شيئاً من ملكه قال أبو حنيفة: إنه تعتبر جنايته حتى يضمن الغاصب قيمة العبد المغصوب لمولاه إلا أن يكون الأرش أو قيمة العبد المتلف أقل من قيمة العبد المغصوب. وقال أبو يوسف ومحمد: بأن جناية المغصوب على مولاه وعلى رقيقه وعلى ماله هدر، فأما العبد المرهون إذا جنى على الراهن أو على ماله هل تعتبر جنايته؟ قالوا: ذكر هذه المسألة في كتاب الرهن وقال تهدر جنايته ولم يذكر فيه خلافاً إلا أن المشايخ قالوا: ما ذكر في كتاب الرهن أنه يهدر على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، فأما على قول أبي حنيفة تعتبر على الراهن بقدر الدين كما تعتبر جناية المغصوب هنا على الغاصب وعلى رقيقه. هذا إذا جنى المغصوب على مولاه أو على مال مولاه، فأما إذا جنى على الغاصب أو على رقيق الغاصب فجنايته موجبة للمال. قال أبو حنيفة: إنه لا يعتبر فيكون هدراً حتى لا يخاطب مولى العبد بالدفع أو الفداء، وكذلك على هذا الاختلاف للعبد المرهون إذا جنى جناية على المرتهن أو على ماله، فعلى قول أبي حنيفة لا تعتبر الجناية بقدر الدين، وقال أبو يوسف ومحمد بأن يعتبر الحر والعبدان إذا تضاربا وتشاجا.

وفي المبسوط: حر جنى على عبد وجنى العبد على رجل آخر وعلى الجاني فاختار مولاه الدفع ثم اختلفا فقال المولى جنى على عبدي أولاً فأرشه لي ودية المدفوع إليه فالقول للمولى مع يمينه لأن الحر المجني عليه لما ادعى أن البادئ بالجناية هو العبد فقد ادعى على المولى شيئين: العبد وأرش العبد مع اختيار دفع العبد إليه لأنه ادعى أن حقه ثبت في عبد صحيح اليدين

....

لأن العبد لما بدأ بقطع يد الحر كانت يداه صحيحة، فإذا تعلق حقه بيد العبد تعلق بيد لها أيضاً، والمولى أقر له بالعبد وأنكر الأرش فيكون القول له فصار كما لو تصادقا على أن البادئ في الجناية هو الحر لأن الثابت بقول من جعل له شرعاً كالثابت بالتصادق، ومتى تصادقا أن البادئ بالجناية هو الحر يضمن نصف قيمة العبد والمولى يخير بين الدفع والفداء، وله أن يدفع العبد دون الأرش لأن حق المجني عليه تعلق بعبد مقطوع اليد، فأما مقطوع اليد فلا يتعلق ببدلها وهو الأرش، وأن تصادقا أنهما لا يعلمان البادئ منهما بالجناية ضمن الحر الجاني قيمة العبد والمولى إن اختار الدفع يدفع العبد ونصف أرش يده لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون بادئاً بالجناية ويجوز أن يكون لاحقاً، فإن كان الحر هو البادئ فليس على المولى إلا دفع العبد، وإن كان العبد هو البادئ فعلى المولى دفع العبد مع أرش يده فللحر أرش اليد في حالة وليس له ذلك في حالة فيجب أن يصرف الأرش. حر وعبد التقيا ومع كل واحد منهما عصا واضطربا فشج كل واحد صاحبه ثم اختلف مولى العبد والحر في البداءة فالقول للمولى أن الحر بدأ وعليه أرش جنايته على العبد للمولى، ثم يدفع العبد بجنايته أو يفديه لأن الحر أقر بأرش يد بالجناية لأنه ادعى الإبراء متى اختار المولى دفع العبد إليه وأنكر المولى فيكون القول له. ولو كان مع العبد سيف ومع الحر عصا فمات العبد وبرأ الحر واختلفا كان القول للمولى وقيمة العبد على عاقلة الحر يسلم المولى من مقدار ما نقصه الحر من قيمته إلى يوم ضرب العبد الحر والباقي قيمة أرش جنايته على الحر، فإن فضل شيء فهو للمولى لأن الحر قتل بعصا فيكون قتيل خطأ العمد فيجب قيمته على عاقلة الحر والقيمة قامت مقام العبد كأن العبد حي فيأخذ المولى قدر ما انتقص بجناية الحر ويأخذ الحر من الباقي أرش جراحته، فإن فضل شيء منه فهو للمولى لأنه بدل عبده وقد فرغ العبد عن حق الغير، وإن انتقص الباقي لا يكون على المولى شيء كما لو دفع العبد وقيمته أقل من أرش الجراحة. ولو كان السيف مع الحر ومع العبد عصا فمات العبد وبرأ الحر ولا يدري أيهما بدأ بالجناية فللمولى أن يقتل الحر ويبطل حق الحر لأن الحر قتل بالسيف عمداً فوجب القود فقد مات العبد ولم يخلف بدلاً فيبطل حق الحر، وكذلك لو كان العبد هو الذي بدأ بالجناية لأنه لا يتصور تملك العبد بسبب بعد ما مات. ولو كان مع كل واحد منهما عصا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة وبرئا واتفقوا أنهم لا يعلمون البادئ من هو خير المولى، فإن دفع العبد يرجع على الحر بنصف أرش عبده لأن الحر إن كان هو البادئ بالجناية يجب عليه جميع أرش عبده، وإن كان اللاحق فهو لا يجب عليه شيء فيجب نصفه، وإن شاء فداه بجميع أرش الحر ورجع على الحر بجميع أرش عبده لأنه يجب على الحر جميع أرش العبد تقدمت جنايته أو تأخرت، فإن كانا سواء اتفقا، وإن كان أحدهما أقل فالأقل بمثله يصير قصاصاً ويرد الفضل على صاحبه.

....

قال رحمه الله: **(عبدهما قتل قريبهما فعفا أحدهما بطل الكل)** معناه إن كان عبد بين رجلين فقتل قريباً لهما كأمهما أولى أو أخيهما فعفا أحدهما بطل الجميع ولا يستحق غير العافي منهما شيئاً من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل، وكذا إذا كان العبد لقريب لهما أو لمعتقهما فقتل مولاه فورثاه بطل الكل هذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر إن شاء، وإن شاء فداه بربع الدية لأن حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع لأن الملك لا ينافي استحقاق القصاص عليه للمولى فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالاً غير أنه شائع في كل العبد فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما أصاب نصيبه سقط لأن المولى لا يستوجب على عبده مالاً، وما أصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه أو يفديه بربع الدية. ولأبي حنيفة أن ما يجب من المال يكون حق المولى لأنه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده مالاً فلا تخلفه الورثة فيه، ولأن القصاص لما صار مالاً صار بمعنى الخطأ وفيه لا يجب شيء فكذا ما هو في معنى ذلك. وفي الكافي: ومن قتل وليه عمداً فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية عند أبي حنيفة. وقالا: لا شيء عليه. وكذا إذا عفا ثم سرى لا يضمن شيئاً والقطع الساري أفحش من المقتصر وصار كما لو كان له قصاص في اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فإنه لا يضمن أرش الأصابع والأصابع والكف كأطراف النفس. ولو قطع وما عفا ثم برأ فهو على الخلاف في الصحيح، ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو على استيفاء قتل يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح. شج رجلاً موضحة عمداً فعفا عنها وما يحدث منها ثم شجه شجة أخرى عمداً فلم يعف عنه فعلى الجاني الدية كاملة في ثلاث سنين إذا مات منها جميعاً من قبل أنه عفا عن الأولى بطل عنه القصاص وصارت الثانية مالاً وصارت الأولى أيضاً مالاً ولم يجز له العفو لأنه لا وصية له، وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف في مثل هذه الصورة أن على الجاني الدية. رجل قتل عمداً وقضى لوليه بالقصاص على القاتل فأمر الولي رجلاً بقتله ثم إنه طلب من الولي أن يعفو عن القاتل فعفا عنه فقتله المأمور وهو لا يعلم بالعفو قال: عليه الدية ويرجع بذلك على الآمر. امرأة قتلت رجلاً خطأ فتزوجها ولي المقتول على الدية التي وجبت على العاقلة فذلك جائز والعاقلة برآء، فإن طلقها قبل الدخول بها رجع على العاقلة بنصف الدية. رجل شج رجلاً موضحة عمداً ومات من الموضحتين فعلى الآخر القصاص ولا شيء على الأول، وكذلك لو كان الصلح مع الأول بعد ما شجه الآخر قال أبو الفضل: فقد استحسن في موضع آخر من هذا الكتاب أنه له القصاص على الآخر إذا كان شجه بعد صلح الأول. رجل شج رجلاً موضحة عمداً وصالحه عنها وما يحدث منها على

فصل

الكل عبد قتل خطأ تجب قيمته ونقص عشرة لو كانت عشرة آلاف أو أكثر وفي الأمة عشرة من خمسة آلاف وفي المغصوب تجب قيمته بالغة ما بلغت قطع يد عبد فحرره

عشرة آلاف درهم وقبضها ثم شجه آخر خطأ ومات منها فعلى الثاني خمسة آلاف درهم على عاقلته ويرجع الأول في مال المقتول بخمسة آلاف درهم على عاقلته، وإن كانت الشجتان عمداً جاز إعطاء الأول وقتل الآخر والله أعلم.

فصل:

لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية على العبد، وقدم الأول ترجيحاً لجانب الفاعلية؛ كذا في العناية وهو حق الأداء. وقال في النهاية وغاية البيان: إنما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لأن الفاعل قبل المفعول وجوداً فكذا ترتيباً. أقول: فيه بحث لأنه إن أريد أن ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجوداً فهو ممنوع إذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل بمدة طويلة مثلاً يجوز أن يكون عمر المجني عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل، وإن أريد فاعلية الفاعل قبل معقولية المفعول وجوداً فهو أيضاً ممنوع لأن الفاعلية والمفعولية يوجدان معاً في آن واحد وهو أن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه وقبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك بوقوعه عليه ليس خافٍ على العارف الفطن بالقواعد والله أعلم. قال رحمه الله: **(عبد قتل خطأ تجب قيمته ونقص عشرة لو كانت عشرة آلاف أو أكثر وفي الأمة عشرة من خمسة آلاف وفي المغصوب تجب قيمته بالغة ما بلغت)** وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي في القن: تجب قيمته بالغة ما بلغت. وفي الغصب تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع لما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم أنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت لأن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك إلا من حيث المالية، ولو كان بدل الدم لكان للعبد إذ هو وفي حق الدم مبقي على أصل الحرية فعلم أنه بدل المالية، ولهذا لو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى عقد البيع وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً أو بدلاً في حال قيامه أو هلاكه فصار كسائر الأموال وكقليل القيمة والغصب، ولأن ضمان المال بالمال أصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف الأصل، ومهما أمكن إيجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار إلى ايجابه بخلاف الاصل. قال القدوري في كتابه التقرير قال أبو يوسف إذا قتل المبيع في يد البائع فاختار المشتري إجازة البيع كان له القصاص، وكذا إن اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص وهذا حفظي عن أبي حنيفة. قال أبو يوسف: ليس للبائع القصاص. وروى ابن زياد عنه لا قصاص للمشتري أيضاً. ولأبي حنيفة قوله تعالى ﴿ودية مسلمة﴾ [النساء: ٩٢] أوجبها

....

مطلقاً من غير فصل بين أن يكون حراً أو عبداً، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل تحت النص، وهذا لأن المذكور في الآية حكمان: الدية والكفارة. والعبد داخل فيها في حق الكفارة بالإجماع لكونه آدمياً فكذا في الدية لأنه آدمي ولهذا يجب القصاص بقتله بالإجماع ويكون مكلفاً، ولولا أنه آدمي لما وجب القصاص وكان كسائر الأموال، ولأنه إذا كان فيه معنى المالية والآدمية وجب اعتبار أعلاهما وهي الآدمية عند تعذر الجمع بينهما بإهدار الأدنى وهي المالية لأن الآدمية أسبق والرق عارض بواسطة الاستنكاف فكان اعتبار ما هو الأصل أولى ألا ترى أن القصاص يجب بقتله عمداً بهذا الاعتبار والمتلف في حالة العمد والخطأ واحد، فإذا اعتبر في إحدى حالتي القتل آدمياً وجب أن يعتبر في الحالة الأخرى كذلك إذ الشيء الواحد لا يتبدل جنسه باختلاف حالة اتلافه، وهذا أولى من العكس لأن في العكس إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم والجماد، وما روينا من الأثر معارض بأثر ابن مسعود وهو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة المالية لأنه لا تعارض لها إذ الغصب لا يرد إلا على المال وبقاء العقد لا يعتمد المالية وإنما يعتمد الفائدة ألا ترى أنه يبقى بعد قتله عمداً أيضاً وإن لم يكن القصاص مالاً ولا بدلاً عن المالية في قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً بخلاف كثير القيمة لأن فيه قول ابن مسعود لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والأثر في المقدرات كالخبر إذ لا يعرف إلا سماعاً. ولأن آدميته أنقص ويكون بدلها أقل كالمرأة والجنين ألا ترى أنه لما كان أنقص نصفت النعم والعقوبات في حقه اظهار الانحطاط رتبته فكذا في هذا، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب في الأمة خمسة آلاف درهم إلا خمسة لأن دية الأنثى نصف الذكر فيكون الناقص عن دية الأنثى نصف الناقص عن دية الذكر كما في الأطراف والأول أظهر لأن أقل مال له خطر في الشرع عشرة كنصاب السرقة والمهر وما دونه لا يعتبر بخلاف الأطراف لأنه بعض الدية فينقص من كل جزء بحسابه، ولو نقص من كل جزء عشرة لما وجب أصلاً. ولم يتعرض المؤلف لمسائل الضرب ونحن نذكرها تكميلاً للفائدة.

قال في الجامع: مسائل الضرب على ثلاثة فصول: أحدها في ضرب المولى عبده، والثاني في أمر أحد الشريكين بضرب العبد المشترك، والثالث في ضرب الشريك أو أجنبي أصله العبرة في الجنايات لتعدد الجاني لا لتعدد الجناية لأن النفس تبرأ من جراحات كثيرة وتموت من جراحات قليلة ولهذا سقط اعتبار طولها وعرضها وعمقها. أمر رجلاً أن يضرب عبده سوطين فضربه ثلاثة وضربه المولى سوطاً ثم ضربه أجنبي سوطاً ثم مات من ذلك كله فعلى عاقلة المأمور بالسوطين أرش السوط الثالث مضروباً وهو سدس قيمته مضروباً أربعة أسواط، وعلى عاقلة الأجنبي أرش السوط الخامس مضروباً أربعة أسواط وهو ثلث قيمته مضروباً بأربعة أسواط ويبطل ما سوى ذلك لأن المأمور ضربه ثلاثة أسواط اثنان منها هدر

....

مع السراية للإذن والثالث معتبر لأنه ضرب بغير إذن فيضمن أرشه مضموناً بهما، والرابع هدر لأن جناية المولى على مملوكه هدر، والخامس معتبر فيضمن الأجنبي أرشه منقوصاً بأربعة أسواط، وإذا مات العبد من هذه فقد مات من خمس جنايات فانقسم تلف التلف على الجنايات فيقسم عليها لأن العبرة لعدد الجاني لا لعدد الجنايات فانقسم عليهما أثلاثاً؛ ثلث على الأجنبي وثلثاه تلف بجناية المأمور الأول فانقسم هذا الثلث نصفين؛ نصفه هدر ونصفه معتبر، والأصل الثاني أن الجناية على المماليك متى أتلفت نفساً أو عضواً وأفضى إلى الموت فتحمله العاقلة لأنه ضمان دم وضمان الدم تتحمله العاقلة، وإن اقتصرت على ما دون النفس يجب ضمانه في مال الجاني. عبد بين رجلين قال أحدهما أضربه سوطاً فإن زدت فهو حر فضربه ثلاثة فمات من ذلك كله فعلى الضارب نصف أرش السوطين منقوصاً سوطاً في ماله، وعلى المعتق لشريكه إن كان موسراً نصف قيمته مضروباً سوطين وعلى الضارب أرش السوط الثالث مضروباً سوطين ونصف قيمته مضروباً ثلاثة أسواط فيكون ذلك على عاقلته فليستوفها أولياء العبد أو يأخذ المعتق من ذلك ما غرم ويكون الباقي لورثة العبد لأن السوط الأول كله هدر لأن نصفه في ملكه ونصفه لاقى ملك شريكه ولكنه بإذنه، والسوط الثاني نصفه هدر ونصفه معتبر لأن نصفه لا في ملكه ونصفه لا في ملك شريكه بغير إذنه فيضمن أرش السوط الثاني مضروباً سوطاً في ماله لشريكه لأن سرايته انقطعت لما أعتقه فاقتصرت الجناية على ما دون النفس فتجب في مال الجاني، وصار العبد كله ملكاً للمعتق بالضمان لأن المعتق بالضمان يملك نصيب الضارب عند أبي حنيفة ويصير مكاتباً له لأنه يوقف عتق هذا النصف على أداء السعاية إليه، فالسوط الثالث لاقى مكاتب غيره فيكون معتبراً كله فيضمن الضارب جميع ما نقصه الوسط الثالث مضروباً سوطين لأن السوط الثالث حل به وهو منقوص سوطين، فلما مات العبد فقد مات من ثلاث جنايات إلا أن الجنايتين الأولين كجناية واحدة لاتفاق حكمها واتحاده وانهدرت سرايتهما، والجناية الثالثة معتبرة بأصلها وسرايتها وإن عتق العبد بعد ذلك لأن إعتاق المكاتب لا يقطع السراية لما بينا فصارت النفس تالفة بجنايتين: إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة فيهدر نصف قيمته ويضمن الضارب نصف قيمته مضروباً ثلاثة أسواط لأنه مات منقوصاً ثلاثة أسواط، فإن ظفر المعتق بماله كان له أن يأخذ من ماله ما ضمن لشريكه كما له ورثة وللحالف لأن ولاءه له ولم يباشر قتله وإنما أمر بقتله فيكون مسبباً لقتله، والمتسبب للقتل لا يحرم عن الإرث. وإن كان المعتق معسراً فلا ضمان عليه وعلى الضارب الضمان كما وصفنا ويكون نصفه في ماله ونصفه على العاقلة فيأخذ الضارب من ذلك نصف قيمة العبد مضروباً سوطين، فإن بقي شيء فلورثة العبد لأن الحالف متى كان معسراً لا يكون للضارب تضمين الحالف وإنما له استسعاء نصيبه فبقي نصيب الضارب على ملكه وصار نصيبه مكاتباً له لأنه توقف عتق نصيبه على أداء السعاية إليه ونصيب المعتق

....

صار حراً مولى له وكان السوط الأول هدراً والسوط الثاني نصفه هدر ونصفه معتبر لما بينا، والسوط الثالث كله معتبر لأن نصفه مكاتب للضارب ونصفه لمولى الحالف وقد مات العبد بجنايتين: إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة. فكان على الضارب نصف قيمة العبد مضروباً بثلاثة أسواط نصفه على العاقلة لأن نصفه مكاتب ونصفه معتق الحالف وموجب جنايته على مكاتب نفسه في ماله وموجب جنايته على معتق غيره على عاقلته ويكون ذلك كسب المكاتب فيستوفي الضارب منه مقدار نصف قيمته مضروباً سوطين لأنه يأخذ من ماله مال جنايته لأنه صار دينا عليه فيأخذ أيضاً من تركته بعد وفاته. ولو كانت المسألة بحالها ثم ضربه الآمر سوطاً ثم ضربه الأجنبي سوطاً ومات من ذلك كله فعلى المأمور نصف أرش السوط الثاني مضروباً سوطاً في ماله لشريكه وعلى عاقله المأمور إن كان المعتق موسراً أرش السوط الثالث مضروباً سوطين وهو سدس قيمته مضروباً خمسة أسواط في ماله وعلى عاقلة الأجنبي أرش السوط الخامس مضروباً أربعة أسواط وهو ثلث قيمته مضروباً خمسة أسواط لأن السوط الأول كله هدر والسوط الثاني نصفه معتبر لأنه نصفه لاقى ملك شريكه بغير إذنه فيغرم الضارب نصف أرش في ماله لشريكه وسراية الجنايتين مهدرة لأن الحالف أعتق نصيبه بعد السوط الثاني وهو موسر فكان للضارب أن يضمن قيمة نصيبه مضروباً سوطين وصار نصيب الضارب ملكاً للحالف بالضمان وصار مكاتباً له، والسوط الثالث معتبر كله لأنه لاقى شخصاً نصفه معتق مكاتب له والجناية على المعتق والمكاتب معتبرة، والسوط الرابع من المولى أيضاً معتبر لأنه لاقى شخصاً نصفه مولى للآمر ونصفه مكاتب له وجناية الإنسان على مولاه ومكاتبه معتبرة فيغرم الآمر ما نقصه السوط الرابع منقوصاً ثلاثة أسواط، والسوط الخامس من الأجنبي معتبر فيغرم أرش ما نقصه مضروباً أربعة أسواط، وإذا مات العبد من ذلك كله يغرم الضارب سدس قيمته مضروباً خمسة أسواط لأنه قتل النفس ثلاثة فقد تلفت النفس بجنايات الضارب وهو ثلاثة أسواط إلا أن السوطين الأولين حكمهما واحد فإن سرايتهما مهدرة فتجعل جناية واحدة، والسوط الثالث بأصله وسرايته معتبرة فهذا الثلث تلف بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة. فيغرم نصف الثلث وذلك سدس الكل ويجب على عاقلته لأنه جنى على معتق ومكاتب غيره ويضمن الآمر نصف قيمته مضروباً خمسة أسواط في ماله لأنه جنى على المكاتب نفسه لأنه لم يظهر لعتق نصيبه أثر في حكم من أحكام الحرية فكان الكل مكاتباً له حكماً واعتباراً على عاقلة الأجنبي ثلث قيمته مضروباً خمسة أسواط لأنه جنى على مكاتب غيره ومولى غيره يكون من عاقلة الأجنبي ومن الآمر ومن المأمور للعبد لأنه كسب العبد ويأخذ المأمور من الآمر بذلك من مال العبد لأن هذا أرش له على العبد، وما بقي في ماله فلعصبة المولى الآمر إن لم يكن للعبد عصبة لأن الولاء لهما إلا أن الآمر باشر قتله بغير حق محرم عن الميراث فيجعل كالميت فيكون ما بقي لأقرب عصبات الآمر. وقال في

سيده فمات منه وله ورثة غيره لا يقتص وإلا اقتص منه قال أحدكما حر فشجا فبين

النهاية: هذا بخلاف ظاهر الرواية لأنه ذكر في المبسوط ففي طرف المملوك تعتبر بأطراف الحر من الدية إلى آخره. فإن قيل: عند الإمام يدفع إليه العبد ويأخذ قيمته في قطع الأطراف فأي تقدير على قوله؟ فالجواب أن التقدير على قوله فيما إذا جنى عليه آخر بقطع يد أو رجل فسرى فيه إلى النفس أو فوت جنس المنفعة في عدم التقدير والدفع في غيره، وقيل يضمن في الأطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شيء لأن الأطراف يسلك فيها مسلك الأموال، وهذا يؤدي إلى أمر شنيع وهو أن ما يجب في الأطراف أكثر مما يجب في النفوس بأن كانت قيمته مثلا مائة ألف فإنه بقطع يده يجب خمسون ألفاً ويقتله يجب عشرة آلاف إلا عشرة.

قال رحمه الله: **(قطع يد عبد فحرره سيده فمات منه وله ورثة غيره لا يقتص وإلا اقتص منه)** وإنما لا يقتص في الأول لاشتباه من له الحق لأن القصاص يجب عند الموت مستند إلى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه فتعذر فلا تجب على وجه يستوفي إذ الكلام فيما إذا كان للعبد ورثة أخرى سوى المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لأن الملك يثبت لكل واحد منهما في إحدى الحالتين، ولا يثبت على الدوام فيها فلا يكون الاجتماع مقيداً. ولا يقال بأذن كل واحد منهما لصاحبه لأن الإذن إنما يصح إذا كان الآذن يملك ذلك بخلاف العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر وكل واحد منهما دائم فصار بمنزلة الشريكين فيه فلا يفرد أحدهما دون الآخر لما فيه من إبطال حق الآخر فيتصل باجتماعهما للرضا ببطلان حقه. وأما في الثاني وهو ما إذا لم يكن له ورثة غير المولى فهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد رحمه الله: لا يجب القصاص فيه أيضاً لأن سبب الولاية قد اختلف لأن الملك على اعتبار العتق والولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع الشبهة أو فيما يحتاط فيه فصار كما إذا قال لآخر بعتني هذه الجارية وقال لا بل زوجتها منك لا يحل له وطؤها لما قلنا بخلاف ما إذا أقر لرجل بألف درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فإنه يقضى له عليه بألف وإن اختلف السبب لأن الأموال تثبت بالشبهة فلا يبالي باختلاف السبب عند اتحاد الحكم، ولأن الإعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص. ولهما أنهما تيقنا ثبوت الولاية للمولى فيستوفيه، وهذا لأن المقضى له معلوم والحكم متحد فأمكن الإيجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفي والمستوفى منه ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسألة الإقرار بخلاف الفصل الأول لأن المقضى له مجهول، وبخلاف مسألة الجارية لأن الحكم مختلف لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الحكم لأن النكاح يثبت الحل مقصوداً وملك اليمين لا يثبته مقصوداً

في أحدهما فارشهما للسيد فقا عيني عبد دفع سيده عبده وأخذ قيمته أو أمسكه ولا

وقد لا يثبت الحل أصلاً، ولأن ما ادعى كل واحد منهما من السبب للحل انتفى بانكار الآخر فبقي بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه إذا لا يجري فيه البدل بخلاف ما نحن فيه لأن السبب موجود بيقين ولا منكر له فلم يوجد ما يبطله ولا ما يحتمل الإبطال فأمكن استيفاؤه، والإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل الاشتباه من له الحق وذلك إذا كان له وارث آخر غير المولى على ما بينا أو في الأطراف أو في القتل خطأ لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار حالة الموت أو زيادة الجرح في الحالة الثانية يكون للعبد حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فحصل الاشتباه فيمن له الحق فسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح. وأما القتل عمداً فموجبه القصاص فلا اشتباه فيه إذا لم يكن له وارث سوى المولى لأنه على اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق، فالحاصل من هذا كله أن من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا يزيد على أربع لأنه إما إن قطع عمداً أو خطأ، فإن كان الأول فإما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن، فإن كان يقطع الإعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به، وإن لم يكن لا يقطعها عندهما خلافاً لمحمد. وإن كان الثاني فالإعتاق لا يقطعها فحاصله أنهم أجمعوا في الخطأ وفي العمد فيما إذا كان له وارث آخر أن الإعتاق يقطع السراية فلا يجب إلا أرش القطع وما ينقص بذلك إلا الإعتاق ويسقط الدية والقصاص، وكذا في القطع إذا لم يمت منه لا يجب عليه سوى أرش القطع وما نقص إلى الإعتاق ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الإعتاق بالإجماع فعلم بذلك أن كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه أرش القطع، وما نقصه إلى الإعتاق ولا يجب عليه الدية وما نقص منه بعد الإعتاق.

قال رحمه الله: **(قال أحدكما حر فشجا فبين في أحدهما فارشهما للسيد)** يعني إذا قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فبين في أحدهما العتق بعد الشج فأرشهما للمولى لأن العتق غير نازل في المعين فالشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة، ولو قتلهما رجلا واحد في وقت واحد معاً تجب دية حر وقيمة عبد والفرق أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلاً للبيان فاعتبر إنشاء في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان فاعتبر إظهاراً محضاً، فإذا قتلهما رجل واحد معاً فأحدهما حر يجب عليه دية حر وقيمة عبد فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الأولوية، وإن اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الأول بخلاف ما إذا قتلهما على التعاقب حيث تجب عليه قيمة الأول لمولاه ودية الثاني للورثة، وبخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجلاً معاً تجب قيمة المملوكين لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً وكل منهما ينكر ذلك، ولأن

....

القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لأنه لا يفيد فائدته. وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية لنقل من المجهول إلى المعلوم فيقدر بقدر الضرورة وهي النفس دون الأطراف والدية فبقي مملوكاً في حقهما فتجب القيمة فيهما فيكون نصفين بين المولى والورثة فيأخذ هو نصف كل واحد منهما ويترك النصف لورثته لأن موجب العتق ثابت في أحدهما في حق المولى فلا بدل له فوزع ذلك عليهما نصفين، وإن قتلاهما على التعاقب فعلى قاتل الأول قيمته للمولى لتعينه للرق، وعلى قاتل الثاني ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الأول. وإن كان لا يدري أيهما قتل أولاً فعلى كل واحد منهما قيمته وللمولى من كل واحد منهما نصف القيمة كالأول لعدم أولوية أحدهما بالتقدم. وفي الجامع الصغير: وإذا قال الرجل لعبدين له في صحته أحدكما حر ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأ فالقاضي يجبر المولى على البيان، فإن أوقع العتق على غير الجاني خير في الثاني بين الدفع والفداء، وإن أوقع العتق على الجاني صار مختاراً للفداء في الجاني، فرق بين هذا وبين ما إذا باع عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فجنى العبد في يد البائع جناية موجبة للمولى في مدة الخيار بأن قتل رجلاً خطأ فأجاز البائع البيع فيه مع العلم بالجناية لم يصر مختاراً للفداء، وإن أعجز نفسه عن الدفع مع العلم بالجناية. وكذا إذا كان الخيار للمشتري فجنى العبد في مدة الخيار ثم رد المشتري العبد لا يكون مختاراً للفداء، وإن عجز نفسه عن الدفع بسبب الرد بالجناية. ولو كان كل واحد من العبدين قتل رجلاً خطأ بعد العتق المبهم ثم أوقع المولى العتق على أحدهما بعينه يخير بين الدفع والفداء في العبد الأخير وعليه قيمة العبد الذي أوقع فيه العتق لولي الجناية يريد إذا كانت قيمته أقل من الدية ولم يصر مختاراً للفداء بصرف العتق إلى الجاني، فرق بين هذا وبين ما لو طلق إحدى امرأتيه في صحته ثلاثاً ثم مرض مرض الموت فأجبر على البيان فأوقع ذلك على أحدهما فإنه يصير فاراً وإن كان مضطراً إلى البيان، وكذلك لو كانت جناية أحد العبدين قطع يد وجناية الآخر قتل نفس خطأ كان الجواب كما قلنا. ولو قال في صحته لعبدين قيمة كل واحد منهما ألف أحدكما حر ثم قتل أحدهما رجلاً خطأ ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه وسعى كل واحد منهما في نصف قيمته وللمجني عليه في مال المولى قيمة الجاني يريد به إذا كانت قيمته أقل من الأرش ويصير من جميع ماله ولا يصير المولى مختاراً للفداء. ولو كان كل واحد من العبدين قتل رجلاً خطأ والمسألة بحالها سعى كل واحد من العبدين في نصف قيمته ولكل واحد من المجني عليهما في مال المولى قيمة العبد الذي جنى عليه ولم يصر المولى مختاراً للفداء. هذا الذي ذكرناه كله إذا أوقع المولى العتق المبهم على أحد عبديه قبل الجناية، وأما إذا كان إيقاع العتق المبهم بعد الجناية فقال: رجل له عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل أحدهما قتيلاً خطأ ثم قال المولى في صحته أحدكما حر وهو عالم بالجناية ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه وسعى كل واحد منهما في

يأخذ النقصان جنى مدبر أو أم ولد ضمن السيد الأقل من القيمة ومن الأرش فإن دفع

نصف قيمته ويصير المولى مختاراً للفداء في الجاني، ثم إذا صار مختاراً للفداء فمقدار القيمة معتبر من جميع المال، وإذا جنى كل واحد من العبدين جناية والمسألة بحالها سعياً على الوجه الذي وصفناه وصار مختاراً للفداء في الجنايتين ولكن تجب دية واحد في مال المولى وقيمة العبدين ويكون ذلك من جميع المال وما زاد على القيمة إلى تمام الدية يعتبر من ثلث المال وتكون الجنايتان نصفين إذ ليس أحدهما أولى من الآخر. قال في الجامع الصغير: رجل له عبدان سالم ورابع فقتل سالم رجلاً خطأ في صحة المولى فقال المولى أحدكما حر ثم قتل رابع رجلاً آخر في صحة المولى ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه وسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ولزم المولى الفداء في قتل سالم، وهذا منه اختيار للفداء إلا أن فداء سالم في الدية يعتبر من جميع المال وما زاد على ذلك إلى تمام الدية يعتبر من الثلث ولا يلزمه الفداء في قتل رابع، ولو أن المولى لم يقل ما ذكر ولكن المولى أوقع العتق على سالم صار مختاراً للفداء في قتل سالم، وإن أوقع المولى العتق على رابع لم يصر مختاراً.

قال رحمه الله: **(فقا عيني عبد دفع سيده عبده وأخذ قيمته أو أمسكه ولا يأخذ النقصان)** أي إذا فقأ رجل عيني عبد فالمولى بالخيار إن شاء دفع العبد المفقوء إلى الفاقئ وأخذ قيمته كاملاً، وإن شاء أمسكه ولا شيء له وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إن شاء أمسك العبد وأخذ ما أنفقه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته. وقال الشافعي: يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما إذا قطع إحدى يديه وفقأ إحدى عينيه ونحن نقول المالية قائمة في الذوات وهي معتبرة في حق الأطراف فصار اعتبار المالية في الذوات دون الأطراف ساقطاً بل المالية تعتبر في الأطراف أيضاً بل اعتبار المالية في الأطراف أولى لأنها يسلك بها مسالك الأموال، فإذا كانت المالية معتبرة وقد وجد أيضاً إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة وهذا الضمان مقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعاً للضرر عنه ورعاية للمالية بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لأنه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، وفي قطع إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة فإذا ثبت هذا جئنا إلى تعليل مذهب الفريقين. لهما أن العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتى لا يجب القود فيها ولا تتحملها العاقلة وتجب قيمته بالغة ما بلغت فكان معتبراً بالمال، فإذا كان معتبراً به وجب تخيير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الأموال، فإن خرق ثوب الغير خرقاً فاحشاً يوجب تخيير المالك إن شاء دفع الثوب وضمن قيمته، وإن شاء مسكه وضمنه النقصان. وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات والآدمية أيضاً غير مهدرة فيه وفي الأطراف ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر مولاه بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لأن موجب الجناية على المال

القيمة بقضاء فجنى أخرى شارك الثاني الأول ولو بغير قضاء اتبع السيد أو ولي الجناية.

أن تباع رقبته فيها، ثم من أحكام الآدمية لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بإزاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة، ومن أحكام المالية أن ينقسم على الجزء الفائت والقائم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا بأنه لا ينقسم اعتباراً للآدمية، ويتملك الجثة اعتباراً للمالية وهذا أولى مما قالاه إذ فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط وهو أدنى وإهدار جانب الآدمية وهو أعلى، ومما قاله الشافعي أيضاً لأن فيه اعتبار الآدمية فقط والشيء إذا أشبه شيئين يوفر عليه حظهما.

قال رحمه الله: **(جنى مدبر أو أم ولد ضمن السيد الأقل من القيمة ومن الأرش)** لما روي عن أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على المولى بمحضر من الصحابة من غير نكير وكان يومئذ أميراً بالشام فكان إجماعاً، ولأن المولى صار مانعاً ما ذكرنا. قال القدوري في التقريب قال أبو يوسف: يضمن المولى قيمة المدبر وأم الولد بالجناية مدبراً. وقال زفر: يضمن قيمته عبداً. الكرخي في مختصره: وجناية المدبر على سيده وفي ماله هدر بالتدبير، وكذا بالاستيلاد وإنما يصر مختاراً للفداء لعدم علمه بما يحدث فصار كما إذا فعل بعد الجناية وهو لا يعلم. وإنما يجب الأقل من القيمة ومن الأرش لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش ولا منع من المولى في أكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها، ولا يخير في الأكثر أو الأقل لأنه لا يفيده في جنس واحد لاختياره الأقل بخلاف ما إذا كان الجاني قناً حيث يخير المولى بين الدفع والفداء ولا يجب الأقل لأن فيه فائدة لاختلاف الجنس لأن من الناس من يختار دفع العين منهم من يختار دفع الفداء على ما هو الأيسر عنده أو يبقى ما اختاره على ملكه ويخرج الآخر عن ملكه. ثم الأصل فيه أن جنايات المدبر لا توجب إلا قيمة واحدة وإن كثرت لأنه لا يمنع منه إلا رقبة واحدة، ولأن دفع القيمة فيه كدفع العين في القن ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالحصص في القيمة وتعتبر قيمته في حق كل واحد منهم في حال الجناية عليه لأنه يستحقه في ذلك الوقت حتى لو قتل رجلاً وقيمته ألف ثم قتل آخر وقيمته الفان ثم قتل آخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى ألفا درهم لأنه جنى على الوسط وقيمته ألفان فيكون المولى الأوسط ألف منها لا يشاركه فيه أحد لأن ولي الأول لا حق له فيما زاد على الألف وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم، وكذلك الثالث لا حق له فيما زاد على الخمسمائة لما ذكرنا، ثم يعطى خمسمائة فتنقسم بين الأول والأوسط فيضرب الأول بجميع حقه وهو عشرة آلاف درهم ويضرب الأوسط بما بقي من حقه وهو عشرة آلاف درهم إلى آخره لأنا ننتظر إلى دية المقتول وما وصل منها وما تأخر منها يضرب له بعشرة آلاف درهم إلى آخره. قال في المحيط: مدبر قتل رجلاً وقيمته ألف درهم ثم صارت قيمته ألفين فقتل آخر خطأ فالألف درهم للثاني وتحاصا

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

....

في الألف الأولى في المرتهن. قال رحمه الله: (**فإن دفع القيمة بقضاء فجنى أخرى شارك الثاني الأول**) يعني إذا دفع المولى القيمة لولي الجناية الأولى بقضاء القاضي ثم جناية أخرى بعد ذلك فلا شيء على المولى لأن جناياته كلها لا توجب إلا قيمة واحدة ولا تعدي من المولى بدفعها إلى ولي الجناية الأولى لأنه مجبور عليه بالقضاء فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الأول فيشاركه فيها ويقتسماها على قدر حقهما على ما ذكرنا. قال رحمه الله: (**ولو بغير قضاء اتبع السيد أو ولي الجناية**) أي لو دفع المولى القيمة إلى ولي الجناية الأولى بغير قضاء كان ولي الجناية الثانية بالخيار إن شاء اتبع المولى بحصته من القيمة، وإن شاء اتبع ولي الجناية الأولى وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا شيء على الولي لأنه فعل عين ما يفعله القاضي ولا تعدي منه بتسليمه إلى الأول لأنه حين دفع الحق إلى مستحقه لم تكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بما يحدث حتى يجعل متعدياً. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن جنايات المدبر توجب قيمة واحدة وهم شركاء فيها والجناية المتأخرة كالمقارنة حكماً ولهذا يشتركون فيها كلهم جميعاً، ثم إذا دفعها إلى الأول باختياره صار متعدياً في حق الثاني لأن حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه، فإذا لم ينفذ دفع المولى في حق الثاني فالثاني بالخيار إن شاء تبع الأول لأنه قبض حقه ظلماً فصار به ضامناً فيأخذه منه، وإن شاء اتبع المولى لأنه دفع حقه بغير إذنه فإذا أخذ منه رجع المولى على الأول بما ضمن للثاني وهو حصته لأنه قبضه بغير حق فيسترده منه، وهذا لأنه لا يجب عليه إلا قيمة واحدة فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه أكثر من القيمة، ولأن الثاني مقارنة من وجه حتى يشاركه ومتأخرة من وجه في حق اعتبار القيمة فيعتبر مقارنة في حق التضمين أيضاً كيلا يبطل حق ولي الثانية. وإذا أعتق المدبر وقد جنى جناية لم يلزمه إلا قيمة واحدة لما ذكرنا، وسواء أعتقه بعد العلم بالجناية أو قبله لأن حق المولى لم يتعلق بالعبد فلم يكن مفوتاً بالإعتاق وأم الولد كالمدبر، وإذا أقر المدبر وأم الولد بجناية توجب المال لم يجز إقراره وجنايته على المولى لا على نفسه وإقراره على المولى غير نافذ بخلاف ما إذا كانت الجناية موجبة للقود بأن أقر بالقتل عمداً حيث يصح إقراره فيقتل به لأن إقراره على نفسه فينفذ عليه لعدم التهمة.

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال في النهاية: لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم ما يلحق به ا هـ. وقال في غاية البيان: لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لأن المفرد قبل المركب ثم جر كلامه إلى بيان حكم غصب

قطع يد عبده فغصبه رجل ومات منه ضمن قيمته اقطع وإن قطع يده في يد الغاصب فمات منه برئ غصب محجور مثله فمات في يده ضمن مدبر جنى عند غاصبه ثم عند

الصبي ا هـ. وتبعه العيني. أقول: هذا أشبه الوجوه المذكورة وإن أمكن التقرير بأحسن منه تدبر. قال رحمه الله: **(قطع يد عبده فغصبه رجل ومات منه ضمن قيمته اقطع وإن قطع يده في يد الغاصب فمات منه برئ)** لأن الغصب يوجب ضمان ما غصب ففي المسألة الأولى لما قطعه المولى نقصت قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته أقطع، وفي الثانية حين قطع المولى العبد في يد الغاصب صار مسترداً له لاستيلائه عليه وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول ملكه إلى يده. قال صاحب الهداية في الفرق بين المسألتين: إن الغصب قاطع للسراية لأن سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولو لم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً وهذا مشكل، لأن السراية إنما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب للملك وضعاً والغاصب لا يملك إلا بأداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد تحقيقه أن معنى قولهم بقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدراً إلا أن تسبب ذلك إلى غير الجاني. واعترض عليه الإمام قاضيخان بأن هذا يخالف مذهبنا، فإن الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا لأن السراية أو رضا لأن السراية إنما تنقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب وهو قيمة العبد أقطع أما قبله فلا يضمن. وفي رهن الجامع الصغير في الباب الثاني من جناياته: إنما يضمن الغاصب هنا قيمة العبد لأن السراية وإن لم تنقطع بالغصب وردت على مال متقوم فوجب سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغصب والشيء إنما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكماً ويد المولى ثابتة عليه حكماً باعتبار السراية لا حقيقة لأن بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً فلم يرتفع الغصب باتصال السراية فقصر عليه الضمان. قال صاحب العناية: فيه نظر لأنا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميان بكمالهما. أقول نظره ساقط إذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكماً فإن معنى ثبوت اليد على الشيء حكماً أن يترتب على تلك اليد حكماً من الأحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وحوب الضمان بالإجماع، وأما يد منعه فليس بتام أيضاً إذ لا محذور في أن يثبت على الشيء الواحد يدان حكميان بكمالهما من جهتين مختلفتين وهنا كذلك فإن ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكماً باعتبار سراية القطع الذي صدر منه وثبوت يد الغاصب عليه حكماً باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان. قال رحمه الله: **(غصب**

سيده ضمن قيمته لهما ورجع بنصف قيمته على الغاصب ورده للأول ثم يرجع به على

محجور مثله فمات في يده ضمن) يعني إذا غصب عبد محجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات المغصوب في يد الغاصب ضمنه لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله وهذا منها فيضمن. قال رحمه الله: **(مدبر جنى عند غاصبه ثم عند سيده ضمن قيمته لهما)** أي لو غصب رجل مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية أخرى ضمن المولى القيمة لولي الجنايتين فتكون بينهما نصفين لأن موجب جناية المدبر وإن كثرت قيمته واحدة فيجب ذلك على الملك للمولى لأنه هو الذي أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير أن يصير مختاراً للفداء كما في القن إذا أعتقه بعد الجنايات من غير أن يعلمها، وإنما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما في السبب.

قال رحمه الله: **(ورجع بنصف قيمته على الغاصب)** أي رجع المولى بنصف ما ضمن من قيمة المدبر على الغاصب للتعدي لأنه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان يمتد للغاصب والنصف الآخر بسبب عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كأنه لم يرد نصف العبد لأن رد المستحق بسبب وجد وعبده عند الغاصب كلا رد. قال رحمه الله: **(ورده للأول)** أي دفع المولى نصف القيمة الذي أخذه من الغاصب إلى ولي الجناية الأولى وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. قالوا: ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني إلى آخره. قال في العناية: واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى حكماً فكيف يكون الحق للأول في جميع القيمة؟ وأجيب بأن المقارنة جعلت حكماً في حق الضمان لا غير والأولى مقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحمة وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع. أقول: في الجواب بحث لأنا لا نسلم أن المقارنة جعلت حكماً في حق التضمين لا غير بل جعلت حكماً أيضاً في حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولي الجناية الأولى كما أرشد إليه قول صاحب الهداية في الفصل السابق لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية اهـ. فإذا جعلت المقارنة حكماً في حق مشاركته وفي الجناية الثانية أيضاً كان ولي الجناية الثانية مزاحماً لولي الجناية الأولى في الاستحقاق جميع القيمة فكيف يأخذ ولي الجناية الثانية أيضاً كان ولي الجناية الثانية مزاحماً لولي الجناية الأولى في الاستحقاق جميع القيمة فكيف يأخذ ولي الجناية الأولى وحده كل القيمة مع مزاحمة الأولى الثانية له في استحقاقه إياه؟ وإن كان الاعتبار لتقدم الأولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي أن لا يستحق ولي الثانية شيئاً من قيمة المدبر وليس الأمر كذلك بالإجماع فليتأمل في جواب الشافعي. وقال محمد رحمه الله: لا يدفعها إليه لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الأولى لأنه إنما يرجع على الغاصب فلا يدفع إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل، وكيلا يتكرر الاستحقاق. وقوله عوض ما سلم إلى ولي الجناية الأولى قلنا هو كذلك

الغاصب وبعكسه لا يرجع به ثانياً والقن كالمدبر غير أن المولى يدلع العبد هنا وثمة

لكن ذلك في حق المولى والغاصب لأن ما أخذه المولى من الغاصب عوض المدفوع إلى ولي الجناية الأولى، وأما في حق المجني عليه فهو عوض ما لم يسلم له ومثله جائز كالذمي إذا باع خمراً وقضى دين مسلم يجوز له أخذه لأن تلك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وبدل الدين في حق المسلم. قوله ودفع إلى الأول فإن قلت: هذا يناقض قوله أولاً جناية العبد لا توجب إلا دفعاً واحداً لو محلاً أو قيمة واحدة وهنا أوجبت قيمة ونصفاً أو دفع العبد ونصف القيمة للأول، فالجواب أن الكلام الأول فيما إذا تعددت الجناية في يد شخص واحد من غير غصب ورد يكون جامعاً لها فلهذا تجب قيمة واحدة أو دفع واحد، وهنا لما كانت عند شخصين لم يمكن جمعها فلها حكمان وإن كانت في يد واحد لكن بعد غصب ورد كما سيأتي في قوله «ورده». قال رحمه الله: **(ثم يرجع به على الغاصب)** أي يرجع المولى بذلك الذي دفعه إلى ولي الجناية الأولى ثانياً على الغاصب عندهما لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه بذلك فصار كأنه لم يرد ولم يضمن له شيئاً إذا لم يبق شيء من العبد أو من بدله في يده. قال رحمه الله: **(وبعكسه لا يرجع به ثانياً)** أي بعكس ما ذكره لا يرجع غاصب المولى على الغاصب بالقيمة ثانياً وصورته أن المدبر جنى عند مولاه أولاً فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ثم رده على المولى ضمن قيمته لولي الجنايتين فيكون بينهما نصفين، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لأنه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى بالإجماع. أما عندهما فظاهر لما بينا، وأما عند محمد فإنه يمتنع الدفع إلي ولي الجناية الأولى في المسألة الأولى كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على ما بينا، وهنا لا يلزم ذلك لأن ما أخذه من الغصب عوض ما دفع إلى ولي الجناية الثانية فإذا دفعه إلى ولي الأولى لا يجتمع البدلان في ملك واحد، وفي الأول يجتمع لأنه عوض ما أخذه هو بنفسه، ثم إذا أدفعه إلى ولي الأولى لا يرجع به على الغاصب بالإجماع وهو المراد بقوله «وبعكسه لا يرجع ثانياً» لأن المولى لما لم يدفع ما أخذه من الغاصب إلى ولي الأولى سلم له ما أخذه من الغاصب فلم يتصور الرجوع عليه وهنا لم يسلم له بالإجماع ومع هذا لا يرجع على الغاصب بالإجماع بما دفعه ثانياً لأن الذي دفعه المولى إلى ولي الجناية الأولى ثانياً هنا بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به على أحد بخلاف المسألة الأولى عندهما لأن دفع المولى ثانياً إلى ولي الجناية الأولى فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه هنا كما ذكرنا. قال رحمه الله: **(والقن كالمدبر غير أن المولى يدلع العبد هنا وثمة القيمة)** أي العبد القن فيما ذكرنا كالمدبر، ولا فرق بينهما إلا أن المولى يدفع القن وفي المدبر القيمة حتى إذا غصب رجل عبداً فجنى في يده ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى الأول ثم يرجع على الغاصب عندهما، وعند محمد لا يدفع ما أخذه من الغاصب إلى الأول بل يسلم له فلا يتصور الرجوع على الغاصب ثانياً على ما ذكرنا في المدبر، وإن جنى

القيمة مدبر جنى عند غاصبه فرده فغصبه أخرى فجنى فعلى سيده قيمته لهما ورجع بقيمته على الغاصب ودفع نصفها إلى الأول ورجع بذلك النصف على الغاصب غصب

عند المولى أولاً ثم غصبه فجنى في يده ثم رده إلى المولى دفعه إلى ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب لما ذكرنا. قال رحمه الله: **(مدبر جنى عند غاصبه فرده فغصبه أخرى فجنى فعلى سيده قيمته لهما)** أي إذا غصب رجل مدبراً فجنى عنده جناية فرده على المولى ثم غصبه ثانياً فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بين ولي الجنايتين نصفين لأن منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته على ما بينا. قال رحمه الله: **(ورجع بقيمته على الغاصب)** لأن الجنايتين كانت في يد الغاصب فاستحق كل بسبب كان في يده فرجع عليه بالكل بخلاف المسائل المتقدمة فإن هناك استحق النصف بسب كان عنده والنصف بسبب كان في يد المالك فيرجع بالنصف لذلك. قال رحمه الله: **(ودفع نصفها إلى الأول)** أي دفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانياً إلى ولي الجناية الأولى لأنه استحق كل القيمة لعدم المزاحمة عند وجود جنايته وإنما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد.

قال رحمه الله: **(ورجع بذلك النصف على الغاصب)** أي يرجع المولى بالنصف الذي دفعه ثانياً إلى ولي الجناية الأولى على الغاصب لأن ولي الجناية الأولى استحق هذا النصف ثانياً بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه به ويسلم الباقي له ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى لأنه استوفى حقه في حقه ولا إلى ولي الثانية لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الأول عليه وقد وصل ذلك إليه، وهذا لأن الثاني يستحق النصف لوجود المزاحمة وقت جنايته والمزاحمة موجودة فبقي على ما كان بخلاف ولي الأولى لأنه استحق الكل وقت الجناية، وإنما رجع حقه إلى النصف للمزاحمة قالوا: وكلما وجد شيئاً من بدل العبد أخذه حتى يستوفي حقه، ثم قيل هذه المسألة على الخلاف كالأولى، وقيل على الاتفاق، والفرق لمحمد أن الذي يرجع به ولي الجناية الأولى عوض ما سلم له في المسألة الأولى لأن الثانية كانت في يد المالك فلو دفع إليه ثانياً تكرر الاستحقاق، وأما في هذه المسألة فيمكن أن يجعله عوضاً عن الجناية الثانية لأنها كانت في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرنا. وفي المبسوط: وإذا غصب رجل عبداً وجارية فقتل كل واحد رجلاً خطأ ثم قتل العبد الجارية ورد العبد فإنه يرد معه قيمة الجارية فيدفعها المولى إلى ولي قتيل الجارية ويرجع بها على الغاصب لأن قيمة الجارية استحقت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما لا يرجع وإن اختار الدفع دفع العبد كله إلى ولي قتيل العبد فدفع في قياس قول أبي حنيفة ويرجع بقيمته على الغاصب، وعندهما يدفعه إلى ولي قتيل العبد وإلى الغاصب على أحد عشر سهماً إذا كانت قيمة الجارية ألف درهم سهم للغاصب وعشرة لولي قتيل العبد، ثم يرجع المولى على الغاصب بقيمة العبد فيدفع منها إلى ولي قتيله جزءاً من

....

أحد عشر جزءاً ثم يرجع بذلك على الغاصب. وهذا بناء على أن الغاصب لما ملك الجارية بالضمان من يوم الغصب ظهر أن العبد قتل جارية مملوكة وجناية المغصوب على الغاصب وعلى ماله هدر عنده، وعندهما معتبرة لما تبين، فعنده لما هدرت جناية العبد على الجارية بقي في رقبته جناية واحدة وهو دم الحر فيدفع كله إلى ولي دم الحر ويفديه كله إليه وهو مضطر في الدفع والفداء وقد استحق العبد من يده بسبب كان في يد الغاصب وضمانه فيرجع بقيمته عليه، وعندهما لما كانت جناية العبد على الجارية عشرة آلاف وحق الغاصب في قيمة الجارية ألف درهم فيقسم العبد بينهما على أحد عشر ويرجع بقيمته على الغاصب لأن جميع العبد استحق من يد المولى بجناية كانت في ضمان الغاصب بخلاف الفداء لأنه وجب للغاصب على المولى قيمة الجارية لأن جناية عبده على جارية الغاصب معتبرة عندهما، وللمولى على الغاصب قيمة العبد فوقعت المقاصصة لأنهما اتفقا جنساً ومقدار دية الحر مع قيمة العبد مختلفان جنساً وقدراً فلا يتقاصان. ولو كان الغاصب معسراً وقال ولي الجناية انتظر يساره دفع العبد إلى ولي قتيله أو فداه ويرجع بقيمته على الغاصب إذا أيسر وبقيمة الجارية مرتين واحدة يدفعها إلى ولي قتيلها وواحدة تسلم له، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعندهما يدفع من العبد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً إلى ولي قتيله فإذا أيسر الغاصب دفع إليه الجزء الثاني لجواز أن يؤدي الغاصب قيمة الجارية فيثبت له حق في العبد على قولهما فمتى دفع جميع العبد إلى ولي قتيل العبد يبطل حق الغاصب في العبد متى أدى قيمة الجارية فيوقف جزءاً من أحد عشر جزءاً مما عليه، وإن قال ولي قتيلها أضرب بقيمة الجارية في الغلام دفع إليهما على أحد عشر لأن نصفه لا في رقبة العبد للحال وحق الغاصب غير ثابت للحال، وفي الثاني عسى يثبت وعسى لا يثبت ثم يرجع بقيمتها فيدفع إلى ولي قتيلهما تماماً لأن حقه كان ثابتاً في جميع العبد وقد وصل إليه عشرة أجزاء من العبد ولم يصل إليه جزء واحد وفي يد المولى بدله فكان له أن يأخذ ذلك منه، ثم يرجع على الغاصب بمثل ذلك لما بينا، ولولي قتيل الجارية أن يأخذ من المولى عشرة أجزاء من قيمتها في رواية لأنه وصل إليه بدل جميع الجارية لأن العبد قام مقام الجارية، وإذا كانت قيمته أقل من قيمة الجارية لأن قليل القيمة إذا قتل كثير القيمة ودفع به قام مقام جميعه، فإذا قام العبد مقام جميع الجارية فصار كأنه وصل إليه جميع الجارية بخلاف ولي قتيل العبد لأن حقه كان في جميع العبد ولم يتحول إلى بدله وقد وصل إليه بعض العبد فكان له أن يأخذ بدل ما لم يصل إليه من العبد. ولو قتل العبد المغصوب الغاصب هدر دمه وكذلك العبد المرهون إذا قتل المرتهن عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يعتبر حتى يؤمر المولى بالدفع أو الفداء؛ لهما أن في اعتبار جنايته فائدة لأن الغاصب ملكه بالدفع بالقيمة ويملك عبد الغير بالقيمة مفيداً كما لو اشترى منه وبالفداء يملك دية نفسه وهي أكثر من القيمة ظاهراً

صبياً حراً فمات في يده فجأة أو بحمى لم يضمن وإن مات بصاعقة أو نهش حية فديته على عاقلة الغاصب كصبي أودع عبداً فقتله وإن أودع طعاماً وأكله لم يضمن.

فيحصل للغاصب زيادة على القيمة، فدل على أن في اعتبار هذه الجارية فائدة فوجب اعتبارها والله أعلم. ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن المولى متى أخذ الضمان من الغاصب يملك الغاصب العبد مستنداً إلى وقت الغصب، وظاهره أن الجناية ظهرت من المملوك على مالكه وجناية المملوك على مالكه هدر لأن المولى لا يستوجب على مملوكه شيئاً وجناية المغصوب على مولاه معتبرة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما لما مر في الرهن.

قال رحمه الله: **(غصب صبياً حراً فمات في يده فجأة أو بحمى لم يضمن وإن مات بصاعقة أو نهش حية فديته على عاقلة الغاصب)** وهذا استحسان، والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لأن الغصب في الحر لا يتحقق ألا ترى أنه لا يتحقق في المكاتب وإن كان صغيراً لكونه حراً يداً مع أنه رقيق رقبة فالحر يداً، ورقبة أولى أن لا يضمن به. وجه الاستحسان أن هذا ضمان إتلاف لا ضمان غصب والصبي يضمن بالاتلاف، وهذا لأن نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق إتلاف منه تسبباً وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ وهو المولى فيضمن، وهذا لأن الحيات والسباع والصواعق لا تكون في كل مكان فأمكن حفظه عنده فإذا نقله إليه وهو متعد فيه فقد أزال حفظ المولى عنده معتدياً فيضاف إليه لأن شرط العلة بمنزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى فإن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن حتى لو نقله إلى مكان تغلب فيه الحمى والأمراض يقول إنه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلاً تسبباً بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه، وإن كان صغيراً فهو يلحق بالكثير ألا ترى أنه لا يزوج إلا برضاه كالبالغ والحر الصغير يزوجه وليه بدون رضاه فإذا أخرجه من يد المولى فمات مما يمكن التحرز عنه يضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب كالحر الكبير لو لم يمكنه من حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب مما صنع من قيد ونحوه يضمن المكاتب، وكالحر الكبير أيضاً كما يضمن الصغير لأنه حينئذ يكون التلف مضافاً إلى الغاصب بتقصير حفظه. قال رحمه الله: **(كصبي أودع عبداً فقتله وإن أودع طعاماً وأكله لم يضمن)** أي يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبي إذا قتل عبداً أودع عنده، وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع هو قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى: تضمن الصبي المودع في الوجهين وعلى هذا لو أودع العبد المحجور عليه مالاً فاستهلكه لا يؤخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويؤخذ به بعد العتق، وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى يؤخذ به في الحال، وعلى هذا الخلاف الإقرار في العبد والوصي وكذا الإعارة فيهما. ثم أن محمداً رحمه الله شرط في الجامع أن يكون الصبي عاقلاً. وفي الجامع

باب القسامة

....

الكبير: وضع المسألة في الصبي الذي عمره اثني عشر سنة وذلك دليل عل أن غير العاقل يضمن بالاتفاق ولأن التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لأبي يوسف والشافعي رحمهم الله تعالى إذا أتلف مالاً متقوماً معصوماً حقاً للمالك فيجب عليه ضمانه كما إذ كان الوديعة عبداً أو كان الصبي مأذوناً له في التجارة وفي الحفظ من جهة الولي، وكما إذا أتلف غير ما في يده ولم يكن معصوماً لثبوت ولاية الاستهلاك فيه. ولهما أنه أتلف مالاً غير معصوم فلا يؤاخذ بضمانه كما لو أتلفه بإذنه ورضاه. وهذا لأن العصمة تثبت حقاً له وقد فوتها على نفسه حيث وضعه في يد غير مانعة فلا يبقى معصوماً إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة هنا لأنه لا ولاية له على الصبي حتى يلزمه ولا ولاية للصبي على نفسه حتى يلتزم بخلاف المأذون له لأن له ولاية على نفسه كالبالغ، وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحق نفسه إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم فكانت عصمته لحق نفسه لا للمالك لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية استهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يقدر أن يمكن غيره من ذلك فلا يعتبر تسليطه فيضمن الصبي باستهلاكه بخلاف سائر الأموال. قال في العناية: وإذا استهل الصبي ينظر؛ إن كان مأذوناً في التجارة وإن كان محجوراً عليه لكنه قبل الوديعة بإذن وليه ضمن بالإجماع إن كان محجوراً عليه وقبلها بغير أمر وليه فلا ضمان عليه عند الإمام ومحمد في الحال ولا بعد الإنزال، وقال أبو يوسف: يضمن في الحال. وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة يضمن في الحال وهو تقسيم حسن ا هـ.

باب القسامة

لما كان أمر القتيل يؤول إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكرها هنا في باب على حدة في آخر الديات. والكلام في القسامة من وجوه: الأول في معناها لغة. والثاني في معناها شرعاً. والثالث في ركنها. والرابع في شرطها. والخامس في صفتها. والسادس في دليلها. اعلم أن القسامة في اللغة اسم وضع موضع الأقسام؛ كذا في عامة الشروح أخذاً من المغرب. وقال في معراج الدراية. القسامة لغة مصدر أقسم كما لا يخفى على من له دراية بعلم الأدب. وأما في علم الشريعة فهي أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو غير ذلك وجد فيها قتيل به أثر يقول كل منهم والله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً؛ كذا في العناية. قال في النهاية: وأما تفسيرها شرعاً فما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال في القتيل الذي يوجد في المحلة أو دار رجل في المصر إن كان جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم قاتله

قتيل وجد في محلة لم يدر قاتله حلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه

يقسم خمسون رجلاً من أهل المحلة كل منهم يقول بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً ا هـ. أقول: ما ذكر في النهاية إنما هو مسألة القسامة شرعاً فإن التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى، نعم يمكن أن يؤخذ منه تفسير القسامة شرعاً بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعاً في أول الباب تعسف خارج عن سنن الطريق. وأما ركنها فهو أنه يجري من أن يقسم هذه الكلمات التي يقسم بها على لسانه ثم قال في النهاية: وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلاً بالغاً عاقلاً حراً فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد وأن يكون في الميت الموجود أثر القتل، وأما لو وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية، ومن شرطها أيضاً تكميل اليمين بالخمسين ا هـ. وفي غاية البيان أيضاً كذلك. ومن شروطها أيضاً أن لا يعلم قاتله فإن علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص فيه أو الدية كما تقدم. ومنها أن يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم، ومنها الدعوى من أولياء القتيل لأن القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى، ومنها إنكار المدعى عليه لأن اليمين وظيفة المنكر، ومنها المطالبة في القسامة لأن اليمين حق المدعي وحق الإنسان يوفي عند طلبه كما في سائر الأموال، ومنها أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكاً لأحد أو في يد أحد فإن لم يكن ملكاً لأحد ولا في يد أحد أصلاً فلا قسامه فيه ولا دية في قن أو مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد مقتولاً في دار مولاه؛ نص في البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل وأورد على اشتراط الحرية إذا وجد قتيل في دار مكاتب فعليه القسامة. إذا حلف يجب الأقل من قيمته ومن الدية؛ نص عليه في البدائع. وأجيب بأن المكاتب حر يداً، وإن لم يكن حراً رقبة كما صرحوا به في الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فجاز اشتراطنا الحرية في القسامة مطلقاً بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه. وأما صفتها فهي وجوب الأيمان. وأما دليلها فالأحاديث المشهور وإجماع الأمة. وأما سببها فوجود القتيل في المحلة وما في معناه.

قال رحمه الله: (**قتيل وجد في محلة لم يدر قاتله حلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً**) هذا على سبيل الحكاية عن الجميع، وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً لجواز أنه قتله وحده فيجري على يمينه ما قلنا يعني جميعاً ولا يعكس لأنه إذا قتله مع غيره كان قاتلاً له. وقال الشافعي رحمه الله: إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يميناً ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأ. وقال مالك رحمه الله: يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي، واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على وحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو يشهد عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة

ولا علمنا له قاتلاً وإن حلفوا فعلى أهل المحلة الدية ولا يحلف الولي وإن لم يتم العدد

قتلوه، وإن لم يكن ثم لوث استحلف المدعى عليهم فإن حلفوا لا دية عليهم، وإن أبوا أن يحلفوا حلف المدعي واستحق ما ادعاه. لنا قوله ﷺ «لو أعطى الناس بدعواهم» الحديث. وقوله «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1] ولا فرق في ذلك بين الدم والأموال على ظاهر الأحاديث، وما روي في قتيل وجد بين قوم قال يستحلف خمسين رجلاً منهم فهو كقول المؤلف قتيل خرج مخرج الغالب. قال في العناية: جرح رجل في قبيلة ولم يعلم جارحه فإما أن يصير صاحب فراش أو يكون صحيحاً بحيث يذهب ويجيء، فإن كان الثاني فلا ضمان بالاتفاق، وإن كان الأول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند الإمام، وعند الثاني لا شيء فيه اهـ. وأطلق في القتيل فشمل الخطأ والعمد والدعوى بذلك قال في الأصل: وإذا وجد قتيل في محلة قوم وادعى ولي القتيل القتل عمداً أو خطأ فهذا على ثلاثة أوجه: إما أن يدعي ولي القتيل على واحد من أهل المحلة أنه هو الذي قتله وليه، فإن ادعى على جميع أهل المحلة أنهم قتلوا وليه عمداً أو خطأ وادعى على واحد من غير أهل المحلة أنه هو الذي قتله وليه عمداً أو خطأ وأنكر أهل المحلة فإنه يحلف خمسون رجلاً منهم كل واحد بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً، فإن حلفوا غرموا الدية، وإن نكلوا فإن يحبسهم حتى يحلفهم. وفي الذخيرة: هذا الحبس بدعوى العمد وإن كان يدعي الخطأ فإذا نكلوا عن اليمين يقضى عليهم بالدية اهـ. وقوله «يتخيرهم الولي» يعني يختار الصالحين دون الطالحين ولو من أهل الذمة، وإن كان القتيل مدبراً أو مكاتباً وجبت القسامة وقيمته في ثلاثة سنين لأن العبد بمنزلة الأحرار في حق الدماء، وروي عن أبي يوسف أنه لا شيء فيه لأنه في حكم الأموال عنده ولا قسامة في الجنين لأنه ناقص الخلقة اهـ. قال رحمه الله: **(وإن حلفوا فعلى أهل المحلة الدية ولا يحلف الولي)** وقال الشافعي رحمه الله: يحلف وقد تقدم. ودليلنا قوله ﷺ: يحلف خمسون رجلاً منكم بالله ما قلناه ولا علمنا له قاتلاً ثم أغرموا الدية فقال الحالف: يا رسول الله يحلف ويغرم؟ فقال: نعم الحديث. هذا إذا ادعى عليهم لا بأعيانهم القتل عمداً أو خطأ لأن المدعى عليهم لا يميزون عن الباقين، ولو ادعى على العبض بأعيانهم التقل عمداً أو خطأ فكذلك الجواب وإطلاق الكتاب يدل على ذلك. وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول أن القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولي ألك بينة؟ فإن قال لا يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة. وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة مثله. ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم، وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة والنصوص لم تفرق بين دعوى ودعوى فيجاب بإطلاق النصوص لا بالقياس بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم

---

(١) رواه البخاري في كتاب الرهن باب ٦. الترمذي في كتاب الأحكام باب ١٢. ابن ماجه في كتاب الأحكام باب ٧.

كرر الحلف عليهم ليتم خمسين يميناً ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة وعبد ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به أو يسيل دم من فمه أو أنفه أو دبره بخلاف عينه

لأنه ليس فيه نص، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع، ثم إن حلف برئ، وإن نكل ففي دعوى المال يثبت وفي دعوى القصاص فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في كتاب الدعوى. قال رحمه الله: **(وإن لم يتم العدد كرر الحلف عليهم ليتم خمسين يميناً)** لأن الخمسين وجبت بالنصف فيجب تمامه ما أمكن ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة فيما يثبت بالنص وقد روي عن عمر رضي الله عنه أن قضى بالدية، وروي عن شريح والنخعي مثل ذلك ولأن فيه استعظاماً لأمر الدم فيتكمل، وتكرار اليمين من واحد على سبيل الوجوب ممكن شرعاً كما في كلمات اللعان، وإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال وقد كمل. قال رحمه الله: **(ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة وعبد)** لأنهم ليسوا من أهل النصرة وإنما هو أتباع والنصرة لا تقوم بالاتباع واليمين على أهل النصرة، ولأن الصبي والمجنون ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول قوله وامرأة وعبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها. أقول: يشكل إطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة وهي أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها، وأما عند أبي يوسف القسامة أيضاً على العاقلة.

قال رحمه الله: **(ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به أو يسيل دم من فمه أو أنفه أو دبره بخلاف عينه وأذنه)** لأن القسامة تجب في القتيل وهذا ليس بقتيل وإنما مات حتف أنفه وفي مثله لا قسامة ولا غرامة لأن الغرامة تتبع فعل العبد والقسامة لاحتمال القتل منهم فلا بد من أثر يكون بالميت يستدل به على أنه قتيل بخلاف ما إذا خرج دمه من عينه وأذنه لأنه لا يخرج عادة إلا من كثرة الضرب فيكون قتيلاً ظاهراً فتجري عليه أحكامه وهو المراد بقوله «بخلاف عينه وأذنه». ولو وجد بدن القتيل كله أو أكثر من نصفه أو النصف ومعه الرأس في ملحة فعلى أهلها القسامة والدية، وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف وكان معه الرأس أو لم يكن فلا شيء عليهم لأن هذا حكم عرف بالنص وقد ورد به في البدن ولكن للأكثر حكم الكل فأجرينا عليه أحكامه تعظيماً للآدمي والأقل ليس معناه فلا يلحق به وإلا لو اعتبرناه لاجتمعت الديات والقسامات بمقابلة شخص واحد بأن توجد أطرافه في القرى مفرقة وهو غير مشروع، وينبني على هذا صلاة الجنازة لأنها لا تتكرر كالقسامة والدية. قال الشارح: ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب لا شيء على أهل المحلة لأنه لا يفوق الكبير حالاً، وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لأن الظاهر أن تام الخلف ينفصل حياً إلى آخره. أقول: في تحرير هذه المسألة فتور من وجوه: الأول أن الجنين على ما صرحوا به في عامة كتب اللغة الولد ما دام

وأذنه قتيل على دابة ومعها سائق أو قائد أو راكب فديته على عاقلته مرت دابة عليها

في البطن فكيف يتصور أنه يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن أمه، وأما وجوده مع أمه بمعزل عما نحن فيه لكون الحكم هناك للأم دون الجنين. والثاني أن ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط لأن السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي يسقط قبل تمامه والجنين يعم تام الخلق وغير تامة. والثالث أن قوله «ليس به أثر الضرب» غير كافٍ في جواب المسألة إذ لا بد فيه من أن يكون به أثر الجراحة والخنق كما تقرر فيما سبق، فلاقتصار هنا على نفي أثر الضرب تقصير. والأظهر أن يقال: ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس فيه أثر القتل فلا شيء عليهم فتدبر. قوله «وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً. فإن قيل: الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها. أجيب بأنه إنما لم يجب في الأطراف قبل أن يعلم صحتها ما يجب في السليمة لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وليس تعظيم كتعظيم النفس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجه، فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيماً للنفوس لأن الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الأثر إذا الظاهر هو حال تام الخلق أن ينفصل حياً، وأما إذا وجد ميتاً ولا ثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا. قال جمهور الشراح: ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب: وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قواه لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما سلك به مسلكها فلأن يكون فيما هو أعظم خطراً أولى انتهى. ولأن الجنين نفس فاعتبرنا جهة النفس إن انفصل حياً فيستدل عليه بتمام الخلق وعضو من وجه فاعتبرنا جهة العضو إن انفصل ميتاً فيستدل عليه بنقصان الخلق. قال رحمه الله: **(قتيل على دابة ومعها سائق أو قائد أو راكب فديته على عاقلته)** دون أهل المحلة لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره، وإن اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعاً لأن القتيل في أيديهم دون أهل المحلة فصار كما إذا وجد في دراهم، ولا يشترط أن يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار. والفرق أن تدبير الدابة إليهم وإن لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار إلى مالكها وإن لم يكن ساكناً فيها. وقيل: القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا أن لا فرق بينها وبين الدار. وعن أبي يوسف أنه لا يجب على السائق إلا إذا كان يسوقها مختفياً لأن الإنسان قد ينقل قريبه الميت من مكان إلى مكان للدفن، وأما إذا كان على وجه الخفية فالظاهر أنه هو الذي قتله. وإن لم يكن مع الدابة أحد فالدية والقسامة على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لأن وجوده وحده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه الدابة. وفي شرح الطحاوي: أو كان الرجل يحمله على

قتيل بين قريتين فعلى أقربهما وإن وجد في دار إنسان فعليه القسامة والدية على عاقلته

ظهره فهو كالذي مع الدابة. وظاهر عبارة المؤلف أنه لا فرق بين أن يكون المالك معروفاً أو لا. وفي شرح الطحاوي: فالقسامة والدية عليهم هكذا ذكر محمد، ولم يفصل بين ما إذا كان للدابة مالك وبين ما إذا لم يكن بل أطلق الجواب، ومن مشايخنا من قال: هذا إذا لم يكن للدابة مالك معروف وإنما يعرف ذلك القائد والسائق، فأما إذا كان مالك الدابة معروفاً فإنما تجب القسامة والدية على مالك الدابة نظير هذا ما قال محمد في كتاب العتاق: إن الرجل إذ استولد جارية في يده ثم أقر أنها لفلان إن كان المقر له مالكاً معروفاً لهذه الجارية صدق المستولد ولم تصر أم ولده، وإن لم يكن المقر له مالكاً معروفاً لم يصدق لأنها صارت أم ولد له من حيث الظاهر فكذلك هنا. ومن المشايخ من قال: سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن فإن القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته، ولو وقعت المنازعة بين أهل المحلة وبين السائق كان القول قول السائق أن الدابة دابته.

قال رحمه الله: **(مرت دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى أقربهما)** لما روي أنه ﷺ أمر في تقيل وجد بين قريتين بأن يذرع فوجد أحدهما أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما إذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت، وأما إذا كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلا شيء عليهم لأنهما إذا كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت فلا شيء عليهم لأنهم إذا كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت لا يمكنهم الغوث، وهذا قول الكرخي رحمه الله تعالى. وعبارة الماتن ظاهرها الإطلاق، وأما إذا وجد في فلاة في أرض فإن كانت ملكاً لإنسان فهما على المالك، وإن لم تكن ملكا لأحد فإن كانت يسمع منها الصوت من مصر من الأمصار فعليهم القسامة، وإن كان لا يسمع فإن كان للمسلمين فيها منفعة للاحتطاب والكلأ فالدية في بيت المال، وإن انقطعت عنها منفعة المسلمين فدمه هدر، فظهر أن قوله «على أقربها» إذا لم تكن الأرض ملكاً لأحد كما قال إذا كان يسمع منها الصوت من المصر وهو أحد القولين في القريتين إذا وجد قتيل بينهما. وقوله «بين قريتين» مثال وكذا لو وجد بين قبيلتين أو بين محلتين. قال في المحيط: أما إذا وجد في فلاة مباح فإن وجد في خيمة أو فسطاط فالقسامة على مالكها والدية على من يسكنها لأنه في يده كما في الدار، وإن كان خراجاً عنها فعلى القبيلة التي وجد فيها القتيل لأنهم لما نزلوا قبائل في أماكن مختلفة صارت الأمكنة بمنزلة المحال المختلفة في المقر ألا ترى أنه ليس لغيرهم إزعاجهم عن هذا المكان. ولو وجد بين القبيلتين فعلى أقربهما، فإن استويا فعليهما كما لو وجد بين المحلتين وبين القريتين. هذا إذا نزلوا بين قبائل متفرقين، فإن نزلوا جملة مختلطين ووجد القتيل خارج الخيام فعلى أهل العسكر كلهم لأنهم لما نزلوا جملة صارت الأمكنة كلها بمنزلة محلة واحدة لأن الأمكنة كلها منسوبة إلى جميع العسكر لا إلى البعض، وإن كان العسكر في أرض رجل

....

فالقسامة والدية عليه لأن العكسر في هذا المكان بمنزلة السكان والقسامة والدية على الملاك دون السكان بالإجماع وهما سويا بين هذه وبين الدار، وأبو يوسف رحمه الله تعالى فرق فإن عنده في الدار تجب على السكان دون الملاك، والفرق أن العسكر نزلوا في هذا المكان للانتقال والارتحال لا للقرار وما لا قرار له وجوده وعدمه بمنزلة، فأما السكان في الدار للقرار لا للانتقال والفرار فلا بد من اعتباره. وإن كان أهل العسكر قد لقوا عدوهم فلا قسامة ولا والدية لأن الظاهر أنه قتل العدو. ولو جرح في محلة أو قبيلة فحمل مجروحاً ومات في محلة أخرى من تلك الجراحة فالقسامة والدية على أهل المحلة التي جرح فيها لأن القتل حقيقة وجد في المحلة الأولى دون الأخرى. رجل جرح وحمله إنسان من أهله فمكث يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الحامل عند أبي يوسف وفي قياس أبي حنيفة يضمن، وهذا بناء على ما إذا جرح في قبيلة ثم مات في أهل قبيلة أخرى لأن يده بمنزلة المحلة فصار وجوده مجروحاً في يده كوجوده في محلته. قال رحمه الله: **(وإن وجد في دار إنسان فعليه القسامة والدية على عاقلته)** لأن الدار في يده وتصرفه ولا يدخل السكان في القسامة مع المالك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: هي عليهم جميعاً لأن ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك. ولنا أن الملاك هم المختصون بنصرة المنفعة عادة دون السكان ولأن تمليك الملاك ألزم وقرارهم أدوم وكانت ولاية التدبير إليهم فتحقق التقصير منهم. وفي الأصل: وإذا وجد القتيل في الدار تجب القسامة على صاحب الدار والدية على عاقلة الدار يعني أهل الخطة. وفي الذخيرة: باتفاق الروايات. وكذا ذكر محمد في هذه المسألة في الأصل، وذكر في موضع آخر من الأصل أن القسامة والدية على قوم صاحب الدار، فاتفقت الروايات أن الدية على قومه، واختلفت الروايات في القسامة ذكر في بعض الروايات إنما تكون على المشتري خاصة، وذكر في بعض الروايات أنها تكون على عاقلة المشتري، وحكي عن الكرخي أنه وفق بين الروايتين قال: إنها تجب عليه خاصة إذا كان قومه غيباً ومعنى الرواية التي قال إنها تكون عليه وعلى قومه أن يكون قومه حضوراً حتى لو لم يوجد منهم في المحلة ثم وجد قتيل في سكة من سككهم أي في مسجد من مساجدهم وفيها سكان ومشترون فإن القسامة على المشتري، وهذا الذي ذكر قول أبي حنيفة ومحمد، فأما في قول أبي يوسف في إحدى الروايتين عنه تجب القسامة والدية على السكان لا على المشترين الذين هم ملاك، وفي الرواية الثانية يقول تجب على المشتري والسكان. وفي الذخيرة: وجد قتيل في دار فقال صاحب الدار أنا قتلته لأنه أراد أخذ مالي وعلى المقتول سيما السراق وهو مبهم، فعن أبي حنيفة أنه لا شيء على صاحب الدار، وفي موضع آخر قال: إن عليه الدية لا القصاص وإن لم يقر صاحب الدار بقتله لا نقتله وتقسم الدية على العاقلة. وفي

وهي على أهل الخطة دون السكان والمشترين فإن لم يبق واحد منهم فعلى المشترين ولو

الينابيع: رجل وجد قتيلاً فادعى ولي الجناية على رجل أنه قتله وكان بينه وبين المقتول عداوة ظاهرة فإن أنكر المدعى عليه فقال الولي أحلف أنك قتلته وآخذ منك الجناية أي الدية فإنه ليس للقاضي أن يفعل ذلك عندنا. وقوله «دار إنسان» مثال وكذا لو وجد في حانوت والكرم والأرض في الحكم كما ذكرنا في الدار. وفي المحيط: وإذا وجد قتيل في محلة خربة ليس فيها أحد وبقربها محلة عامرة فيها أناس كثيرة تجب القسامة والدية على أهل المحلة العامرة لأنها أقرب الأماكن إليها، ولو وجد في دار من لا تقبل شهادته له أو امرأة في دار زوجها تجب فيها القسامة والدية ولا يحرم الإرث لأنه حكم بأنه قتله حكماً بترك الحفظ. ولو وجد القتيل في دار امرأة كرر عليها اليمين خمسين مرة والدية على عاقلتها وهو قول محمد، وعند أبي يوسف على أقرب القبائل. قال في المحيط: رجلان كانا في بيت ليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحاً قال أبو يوسف: يضمن الآخر الدية لأن الظاهر أنه لا يقتل نفسه وإنما قتله الآخر. وقال محمد: لا حكم لأنه يحتمل أن الآخر قتل نفسه وأن الآخر قتله فلا أضمنه بالشك، ولو أن داراً مغلقة ليس فيها أحد ووجد فيها قتيل فالقسامة والدية على عاقلة رب الدار.

قال رحمه الله: **(وهي على أهل الخطة دون السكان والمشترين)** هذا قول الإمام ومحمد، وأهل الخطة ثم الذين خط لهم الإمام الأرض بخطه. وقال أبو يوسف: الكل مشترك لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وهم في ذلك سواء فكذا في ترك الحفظ فصار كالدار المشتركة بين واحد من أهل الخطة وبين المشتري، ولو كان للخطة تأثير في التقديم لما شاركهم المشتري. ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف، وكذا في الحفظ ولأن صاحب الخطة أصيل والمشتري دخيل وولاية الحفظ على الأصيل دون الدخيل، وفي الدار المشتركة ولاية تدبيرها إلى المالك مطلقاً بخلاف القرية والمحلة والدار فإنه إذا وجد قتيل في دار مشتركة بين مشتر وصاحب خطة فإنهما يستويان في القسامة والدية بالإجماع، وفي المحلة أوجب القسامة والدية على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهم لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته. والفرق أن العرف جارٍ بأن تدبير المحلة لأهلها دون المشتري منه وتدبير الدار للمشتري، ولو قال وهما على أهل الخطة لكان أولى لأن الضمير يرجع لا قرب مذكور وهو الدية وقدمنا أنه لا فرق بينهما في الحكم متأخراً. قال رحمه الله: **(فإن لم يبق واحد منهم فعلى المشترين)** يعني إن لم يبق واحد من أهل الخطة فعلى المشترين لأن الولاية انتقلت إليهم لزوال من يزاحمهم، ثم إذا وجد في دار إنسان تدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حاضرين عندهما، وعند أبي يوسف لا تدخل لأن رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم فصاروا كما

وجد في دار مشتركة على التفاوت فهي على عدد الرؤوس وإن بيع فلم يقبض فهي على عاقلة البائع وفي الخيار على ذي اليد ولا تعقل عاقلة حتى تشهد الشهود أنها لذي اليد

إذا كانوا غائبين. ولهما أنهم في الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة وقد بينا أن هذا قول الكرخي. قال رحمه الله: **(ولو وجد في دار مشتركة على التفاوت فهي على عدد الرؤوس)** أي إذا وجد القتيل في دار مشتركة بين جماعة انصباؤهم فيها متفاضلة بأن كانت بين ثلاثة مثلاً لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس تقسم الدية والقسامة على عدد رؤوسهم، ولا يعتبر بتفاوت الأنصباء لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة. وفي الجامع الصغير: دار نصفها لرجل وعشرها لآخر ولا آخر ما بقي فوجد فيها قتيل فهي على عدد رؤوس الرجال دون تفاوت الملك حتى إن القتيل إذا وجد في دار بين اثنين أثلاثاً فالدية تجب بينهما نصفين، وكذا دار بين بكر وزيد أثلاثاً فوجد فيها قتيل فالدية على عاقلتهم أثلاثاً، وهذا الذي ذكرنا قول محمد رواه عن أبي حنيفة. وروي عن أبي يوسف بخلاف هذا فإنه قال: على عدد الملك. ولو وجد قتيل بين قريتين فالدية على أهل القريتين على السواء ولا ينظر إلى عدد أهل القريتين، وكذلك قال أبو يوسف في دار بين تميمي وبين أربعة من همدان وجد فيها قتيل فالدية بينهما نصفين، وعند محمد تجب الدية أخماساً. وإذا وجد قتيل بين قريتين وهو في القرب إليهما على السواء ووجد في إحدى القريتين أناس كثيرة وفي الأخرى أقل من ذلك فالدية في القريتين نصفين بلا خلاف. وقال أبو يوسف في قتيل وجد بين ثلاث دور دار لتميمي ودار أن لهمدان وهو في القرب منهما جميعاً على السواء فالدية نصفان واعتبر القبيلة دون القرب. وإذا وجد القتيل في دار بين ثلاثة نفر فالقسامة على عواقلهم جميعاً أثلاثاً وتمام الخمسين على العواقل، وكذا لو وجد في المسجد أو المحلة فالمعتبر عدد القبائل والقبائل هنا ثلاث فالدية أثلاث ولهذا قلنا بأن أهل الديوان إذا جمعهم ديوان واحد وقاتل واحد منهم كان على أهل ديوانه لا على أهله وعشيرته. قال رحمه الله: **(وإن بيع فلم يقبض فهي على عاقلة البائع وفي الخيار على ذي اليد)** أي إذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري ووجد فيها قتيل فضمانه على عاقلة البائع، وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عقالة الذي في يده، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إذا لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري، وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي يصير له لأنه إنما نزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك، ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات، وفي الذي شرط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر. ولأبي حنيفة أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك ألا ترى أنه يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا

. . . .

يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة، وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما لأنه ذون البات. ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفاً، وإذا كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ بخلاف صدقة الفطر فإنها تجب على المالك لا على الضامن، وهذه ضمان جناية فتجب على الضامن لأن ضمان الجناية لا يشترط فيه الملك ألا ترى أن الغاصب يجب عليه ضمان جناية العبد المغصوب ولا ملك بخلاف ما إذا كانت الدار في يده وديعة لأن هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وهو إنما يجب على من كان قادراً على الحفظ وهو من له يد أصالة لا يد نيابة ويد المودع يد نيابة، وكذا المستعير والمرتهن، وكذا الغاصب لأن يده يد أمانة لأن العقار لا يضمن بالغصب عندنا ذكره في الهداية والنهاية لا يدل على أن الضمان على الغاصب. فإن قلت: لو جنى العبد في البيع البات قبل القبض يخير المشتري بين الرد وإمضائه وهنا لا يخير، والفرق أن الدار لا يستحقها بوجود القتيل فيها بخلاف العبد لأنه يصير مستحقاً بالجناية. وفي المختصر خواهر زاده: وإن وجد في دار يتامى المسلمين فالقسامة والدية على عاقلة اليتامى، والأصل أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر لوجود الدية على العاقلة اليد الحقيقية لأنها تثبت القدرة على الحفظ وهما يعتبران الملك.

قال رحمه الله: **(ولا تعقل عاقلة حتى تشهد الشهود أنها لذي اليد)** أي إذا كانت دار في يد رجل فوجد فيها قتل لا تعقله عاقلته حتى تشهد الشهود أنها لصاحب اليد لأن ملك صاحب اليد لا بد منه حتى تعقل عاقلته عند واليد، وإن كانت تدل على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي إلا بإيجاب الضمان على العاقلة كما لا يخفى للاستحقاق وتصلح للدفع وقد عرف في موضعه. قال صاحب العناية: ولا يختلج في وهمك صورة تناقض بعدم الاكتفاء باليد مع وما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة رضي الله عنه لليد لأن اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه، وهل لا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد دون الملك كما في المسألة المتقدمة آنفاً فإن الملك هناك للمشتري مع أن الدية عنده على عاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله؟ قال صاحب العناية: ولا يلزم أبا حنيفة أن يعتبر اليد في استحقاق الدية كما قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها تقيل لأن الدية تجب على عاقلة البائع لأنه يعتبر يد المالك لا مجرد اليد فلم تثبت هنا يد المالك إلا بالبينة اهـ. وذكر في معراج الدراية ما يوافقه حيث قال: وفي جامع كريبسي اعتبر أبو حنيفة رضي الله عنه مجرد اليد في المسألة المتقدمة وهناك لا يثبت ذلك إلا بالبينة فلا يرد نقضاً عليه اهـ. أقول: هذا التوجيه مشكل لأن الملك في المسألة المتقدمة كان للمشتري لا محالة وعن هذا نشأ النزاع بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه في تلك المسألة إذ لو كان الملك

وفي الفلك على من فيها من الركاب والملاحين وفي مسجد محلة لهم وفي الجامع والشارع لإقامة والدية على بيت المال ويهدر لو في برية أو وسط الفرات ولو محتبساً

أيضاً للبائع لما صار محل الخلاف وإقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه، فإذا كان الملك هنا للمشتري فكيف يتحقق البائع أن ذاك يد المالك إذ ثبوت يد الملك له يقتضي ثبوت نفس الملك أيضاً له فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وإن أريد بيد الملك غير معناه الظاهر أي اليد التي كانت لصاحبها ملكاً في الأصل، وإن زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الأصل المزيل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال؟ وهل يليق أن يعد ذلك أصلاً لإمامنا الأعظم فعليك بالتأمل الصادق. وظاهر إطلاق المصنف أنه لا فرق بين ما إذا أنكر العواقل أن الدار له وأقروا بها. قال فخر الإسلام البزدوي: قصد بهذا الكلام إذا أنكر العواقل كون الدار له وقالوا هي وجيعة في يده فالقول لهم إلا أن يقيموا بينة على الملك؛ كذا في العيني على الهداية. ولا فرق في ذلك بين أن يكون القتيل الموجود فيها صاحب الدار أو غيره عند الإمام رحمه الله تعالى. قال رحمه الله: **(وفي الفلك على من فيها من الركاب والملاحين)** لأنه في أيديهم فيستوي المالك وغيره في الدار فيه، وعلى هذا قول أبي يوسف ظاهر لأن عنده يستوي المالك والساكن في الدار، والفرق لهما أن الفلك ينقل ويحول فيكون في اليد حقيقة بخلاف العقار فإنه لا ينقل ولا يحول. وفي المحيط: وقيل يجب على سكان السفينة دون مالكها لأن السفينة تحت يد الساكن دون المالك. وفي شرح الطحاوي: إنما تجب على راكب السفينة إذا لم يكن لها مالك معروف، وإن كان لها مالك معروف فعلى مالك السفينة، ومنهم من يقول على الراكب مطلقاً، وإطلاق محمد في النوازل الجواب على هذا. قال رحمه الله: **(وفي مسجد محلة لهم وفي الجامع والشارع لإقامة والدية على بيت المال)** للعامة لا يختص به واحد منهم والقسامة لنفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في حق الكل فديته تكون في بيت المال لأنه مال العامة، وكذلك الجسور العامة والسوق العامة التي تكون في الشوارع لأن التدبير في هذا كله إلى الإمام لأنه نائب المسلمين لا إلى أهل السوق. وقال في النهاية: أراد به أن يكون السوق الأعظم نائباً عن المحال، وأما الأسواق التي في المحال فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة، وكذا في السوق النائي عن المحال إذا كان لها سكان أو كان لأحد فيها دار مملوكة، وأما كون القسامة والدية عليهم لأنه يلزمهم الحفظ بخلاف الأسواق المملوكة لأهلها أو التي في المحال والمساجد التي فيها حيث يجب الضمان فيها على أهل المحلة أو على المالك على الاختلاف الذي بينا لأنها محفوظة بحفظ أربابها أو بحفظ أهل المحلة. وفي المنتقى: إذا وجد قتيل في صف من السوق فإن كان أهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم، وإن كانوا لا يبيتون فيها فالدية على

بالشاطئ فعلى أقرب القرى وإن التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فعلى أهل المحلة

الذين لهم ملك الحوانيت. ولو وجد في السجن فدينه على بيت المال عندهما، وعند أبي يوسف على أهله وهي مبنية على مسألة السكان والملاك.

قال رحمه الله: **(ويهدر لو في برية أو وسط الفرات)** لأن الفرات ليس في يد أحد ولا في ملكه إذا كان يمر به الماء بخلاف ما إذا كان النهر صغيراً بحيث يستحق ربه الشفعة حيث يكون ضمانه على أهله لقيام يدهم عليه، وكذا البرية لا يد لأحد فيها ولا ملك فيهدر ما وجد فيها من القتل حتى لو كانت البرية مملوكة لأحد أو كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت تجب على المالك وعلى أهل القرية لما بينا. ولو وجد القتيل في المسجد الحرام من غير زحام الناس في المسجد أو بعرفة فالدية على بيت المال من غير قسامة؛ هذه الجملة في المنتقى. وفيه أيضاً: وكل قتيل يوجد في المسجد الجامع ولا يدري من قتله أو قتله رجل من المسلمين ولكن لا يدري من هو أو زحمه الناس يوم الجمعة فقتلوه ولا يدري من هو فهو على بيت المال، وإذا وجد في المسجد لقبيلة فهو على أقرب الدور منه إن كان لا يعلم الذي اشتراه وبناه، وإن كان يعلم الذي اشترى المسجد وبناه كان على عاقلته القسامة والدية، وإن كان في درب غير نافذ أو مصلاه واحد كان على عاقلة أصحاب الدور الذين في الدرب. وفيه أيضاً: وإذا وجد القتيل في قبيلة فيها عدة مساجد فهو على القبيلة كلها، وإذا لم يكن قبيلة فهو على أصحاب المحلة وأهل كل مسجد محلة. وفي السغناقي: وإذا وجد القتيل في وقف المسجد فهو كوجوده في المسجد الجامع كان الدية في بيت المال، وإن كان الوقف على قوم معلومين فالدية والقسامة عليهم وكذلك المحسوب للعامة. وفي المنتقى: إذا وجد قتيل على الجسر أو على القنطرة فذلك على بيت المال. وذكر الكرخي وشيخ الإسلام: وإن النهر العظيم إذا كان انصباب مائة في دار الإسلام تجب الدية في بيت المال لأنه في أيدي المسلمين بخلاف ما إذا كان موضع انصباب مائة في دار الحرب لأنه يحتمل أن يكون قتيل أهل الحرب فيهدر. قال رحمه الله: **(ولو محتبساً بالشاطئ فعلى أقرب القرى)** أي لو كان القتيل محتبساً بالشاطئ فعلى أقرب القرى في ذلك الموضع لأن الشط في أيديهم يستقون منه ويوردون دوابهم فكانوا أخص بنصرته. وفي شرح الطحاوي: وإن كان الشط ملكاً لأحد فإن كان ملكاً خاصاً فهو كالدار، وإن كان ملكاً عاماً فهو كالمحلة فأما إذا كان نهراً صغيراً انحدر من الفرات ألأ نحوه لأقوام معروفين فإنه تجب القصامة على أصحاب النهر والدية على عاقلتهم. وفي الكافي: والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة وإلا فهو عظيم كالفرا وجيحون. ولم يتعرض المؤلف لما إذا وجد في بيت من ثبتت له بعض الحرية. وفي الخانية: ولوجد المكاتب قتيلاً في دار اشتراها لا يجب فيه شيء في قولهم جميعاً، وفي المكاتب سوى أبو حنيفة أيضاً بين ما إذا وجد قتيلاً في داره وبين ما إذا وجد غيره قتيلاً إلا أنه إذاوجد غيره قتيلاً لا تجب الدية على

القسامة والدية إلا أن يدعي الولي على أولئك أو على معين منهم وإن قال المستحلف

العاقلة لأنه لا عاقلة للمكاتب وإنما تجب عليه لأن عاقلته نفسه، ولو وجد جميع أهل المحلة فلا تجب الدية على عواقلهم وتسقط القسامة. وذكر في المنتقى عن ابن أبي مالك عن أبي حنيفة أن من وجد قتيلاً في دار نفسه فليس فيه قسامة ولا دية. وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال: على سكان القبيلة وعلى عاقلة المقتول دية. قالوا: وهو قول أبي حنيفة فرواية ابن أبي مالك تخالف رواية الأصول. وفي الذخيرة: وفي شرح شيخ الإسلام إذا وجد قتيل في محلة وزعم أهل المحلة أن رجلاً منهم قتله ولم يدع ولي القتيل على واحد منهم بعينه لم تسقط عنهم القسامة والدية، ورواية الحسن بن زياد إذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد الذي سعى في بعض قيمته قتيلاً في محلة فعليهم القسامة وتجب القيمة على عواقل أهل المحلة في ثلاث سنين، وقد روي عن أبي يوسف أنه لا يجب عليهم شيء في العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد، وهذا يجعل كجناية على البهائم ولهذا قال بأنه تجب قيمته بالغة ما بلغت إذا كان خطأ، وإذا كان عمداً يجب القصاص. وأما معتق البعض فإنه تجب فيه القسامة والدية عندهم جميعاً لأنه بمنزلة الحر عند أبي يوسف ومحمد، والحر إذا وجد قتيلاً في محلة فإنه تجب على أهل المحلة القسامة والدية، وعند أبي حنيفة هو بمنزلة المكاتب في الحكم إذا وجد قتيلاً في محلة عنده. هذا وفي شرح الطحاوي: ولو وجد القتيل في دار المكاتب فإنه تكرر عليه الأيمان، فإن حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدية إلا عشرة لأن المكاتب عاقلة نفسه. وفي التجريد: والأعمى والمحدود في القذف والكافر القسامة عليهم، وإذا وجد العبد قتيلاً في دار مولاه فلا شيء فيه لأنه المولى صار قاتلاً له حكماً بملك الدار فيعتبر بما لو باشر، ولو باشر لم يكن على المولى شيء فكذا هذا قالوا: وهذا إذا لم يكن على العبد دين، وأما إذا كان على العبد دين فإنه يضمن المولى الأقل من قيمته ومن الدين. وقد نص محمد على هذا التفصيل في كتاب المأذون.

قال رحمه الله: **(وإن التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فعلى أهل المحلة القسامة والدية إلا أن يدعي الولي على أولئك أو على معين منهم)** لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم إلا إذا أبرأهم الولي بدعوى القتيل على واحد منهم بعينه فيبرأ أهل المحلة ولا يثبت على عاقلته إلا بحجة على ما بينا. وقوله «على معين منهم» إن أريد به الواحد من أهل المحلة ليستقيم على قول أبي يوسف لأن أهل المحلة يبرؤون بدعوى الولي على واحد منهم معين وهو القياس، وعندهما لا يبرؤون وهو استحسان وبيناه في أوائل الباب فلا يستقيم. وإن أريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف ويستقيم بالإجماع. وقال أبو جعفر في كشف الغوامض: هذا إذا كان الفريقان غير متناولين اقتتلوا عصبة، وإن كانوا مشركين أو خوارج فلا شيء فيه ويجعل ذلك من إصابة العدو. وإذا كان القتال بين المسلمين والمشركين

قتله زيد حلف بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلاً غير زيد وبطل شهادة بعض أهل المحلة

في دار الإسلام ولا يدري القاتل يرجح حال قتلى المشركين حملاً لأمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون المسلمين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين فإن قيل: الظاهر أن قاتله من غير المحلة وأنه من خصمائه قلنا: قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلاً في محلتهم؛ كذا في النهاية والعناية. أقول: يرد على هذا الجواب أن يقال: ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلاً في محلتهم موجباً لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا يجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصماءه من غير أهل المحلة دفعاً للقسامة والدية عن أهل المحلة مع أن الأصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق، فالأظهر في الجواب أن يقال: الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلاً فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتيل إليهم عند الإشكال فكان العمل بما ورد فيه النصف أولى، وسيأتي مثل هذا عن قريب إن شاء الله تعالى. قال في الهداية: وإن كان القوم لقوا قتالاً ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لأن الظاهر أن قتله كان هدراً يحوج إلى ذكر الفرق بين هذا وبين ما إذا اقتتل المسلمون عصبية في محلة فأجلوا عن قتيل فإن عليهم القسامة والدية كما مر أنفاً. وقالوا في الفرق: إن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الإسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح جانب احتمال قتل المشركين حملاً لأمر المسلمين على الصلاح. في أنهم لا يتركون الكفارة في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلاً فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال، وكان العمل بما ورد به النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك اهـ. وقال بعض الفضلاء طعناً في المصير إلى الفرق المذكور: إنه ظاهر فإن الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص اهـ. أقول: ليس هذا الفرق بتمام فضلاً عن كونه ظاهراً إذ لا نسلم أن الظاهر ثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية على أهل المحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبة في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدراً فلا بد من تمام الفرق بين المسألتين من المصير إلى ما ذكره المشايخ من البيان، ونقله صاحب العناية كما تحققته. قال رحمه الله: **(وإن قال المستحلف قتله زيد حلف بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلاً غير زيد)** لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنياً عن اليمين وبقي حكم من سواه على حاله فيحلف عليه فلا يقبل عليه قول المستحلف أنه قتله لأنه يريد بذلك إسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل ويحلف على ما ذكرنا. وفي النهاية: هذا

على قتل غيرهم أو واحد منهم.

قول محمد، وأما على قول أبي يوسف فلا يحلف على العلم لأنه قد عرف القاتل واعترف به فلا حاجة إليه، ومحمد يقول بجواز أنه عرف أن له قاتلاً آخر معه قال رحمه الله: **(وبطل شهادة بعض أهل المحلة على قتل غيرهم أو واحد منهم)** وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: تقبل شهادتهم إذا شهدوا على غيرهم لأن الولي لما ادعى القتل على غيرهم تبين أنهم ليسوا بخصماء. غاية الأمر أنهم كانوا عرضية أنهم يصيرون خصماء بمنزلتهم قابلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا من الخصومة، فحاصله أن من صار خصماً في حادثة لا تقبل شهادته فيها، ومن كان بعرضية أن يصير خصماً ولم ينتصب خصماً بعد تقبل شهادته، وهذان أصلان متفق عليهما غير أنهما يجعلان أهل المحلة ممن له عرضية أن يصير خصماً وهو يجعلهم ممن انتصب خصماً، وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل، فمن جنس الأول الوكيل بالخصومة إذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته، والشفيع إذا طلب الشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع. ومن جنس الثاني الوكيل إذا لم يخاصم والشفيع إذا لم يطلب تقبل شهادتهما. ولو ادعى الولي على رجل بعينه من أهل المحلة وشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل شهادتهما عليه لأن الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهماً فلا تقبل شهادتهما. قال المتأخرون من أصحابنا: المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل لأنا نراها قاتلة فيجب عليها وهو مختار الطحاوي وهو الأصح فصار كما إذا باشرت القتل بنفسها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

كتاب المعاقل

هي جمع معقلة وهي الدية كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة وهي أهل الديوان

كتاب المعاقل

قال في النهاية: لما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الباب. ورده صاحب المعراج وقال: وجه المناسبة إنما هو لما فرغ من بيان القتل الخطأ وتوابعه شرع في بيان من تجب عليه الدية إذ لا بد من معرفتها. قال رحمه الله: **(هي جمع معقلة وهي الدية)** أي المعاقل جمع معقلة بالضم والمعقلة الدية وتسمى عقلاً لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسكها، يقال عقل البعير عقلاً إذا شده بالعقال، ومنه العقل لأنه يمنع صاحبه من المقاتل. أقول: هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعاقل لأن المعاقل جمع معقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات، وهذا مع كونه مؤدياً إلى التكرار ليس بتام في نفسه لأن بيان أقسام الديات وأحكامها قد مر مستوفي في كتاب الديات، والمقصود بالبيان هنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة، فالمناسبة في العنوان ذكر العواقل لأنها جمع العاقلة. والكلام هنا من وجوه: الأول في تفسيرها لغة. والثاني في تفسيرها شرعاً. والثالث في كيفية وجوب الدية. والرابع في بيان مدة الواجب. والخامس فيما تتحمله العاقلة. والسادس فيمن يحول على الدية من عاقلة إلى عاقلة. والسابع في عاقلة مولى الموالاة وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى. قال في المبسوط فيه فصول: أحدها في معرفة العاقلة. والثاني في كيفية وجوب الدية عليه. والثالث في بيان مدة الواجب. والرابع فيما تتحمله العاقلة وما لا تتحمله العاقلة. والخامس فيمن يحول الدية من عاقلة إلى عاقلة. والسادس في عاقلة مولى الموالاة. أما تفسيرها لغة فالعاقلة اسم مشتق من العقل وهو المنع ولهذ يقال لما يعقل به البعير عقالاً لأنه يمنعه من النفور، ومنه سمي اللب عقلاً لأنه مما يمنع الإنسان عما يضره فذلك عاقلة الإنسان وهم أهل نصرته ممن يمنعونه من قتل من ليس له قتله. وأما العاقلة والعقل هو الدية وجمعه المعاقل ومنه العاقلة وهم الذين يتحملون العقل وهو الدية. وأما العاقلة شرعاً فهم أهل الديوان من المقاتلة

....

وأهل الديوان الذين لهم رزق في بيت المال وكتب أسماؤهم في الديوان، ومن لا ديوان له فعاقلته من عصبة النسب لا على أهل الديوان. وعند الشافعي رضي الله عنه: العقل على عصبته من النسب لا على أهل الديوان. وذكر الطحاوي من أصحابنا أنها تجب في مال القاتل لأن وجوب العقل على العاقلة عرف بخلاف القياس لأن مؤاخذة غير الجاني بالجاني مما يأباه القياس، والشرع إنما أوجب على أهل الديوان أو على العشيرة فبقي على ما عداهما على قضية القياس. ومن ليس له ديوان ولا عشيرة قيل يعتبر المحال ونصرة القلوب فالأقرب، وقيل تجب في ماله، وقيل تجب في مال بيت المال، وكذلك اللقيط على هذا الخلاف. ولا تعقل مدينة عن مدينة، وتعقل مدينة عن قراها لأن العقل إنما بني على التناصر والتعاون وأهل كل مصر ينتصرون بأهل ديوان مصرهم ولا ينتصرون بديوان أهل مصر آخر، وأهل كل مصر ينتصرون بأهل سوادهم وقراهم وإن كان بعيد المنزل منهم لأن البادية بادية واحدة فكانوا كأهل الديوان في مصر واحد يتعاونون على أهل المصر وإن بعدت منازلهم، والباديتان إذا اختلفتا كانتا بمنزلة مصرين وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته.
قال رحمه الله: **(كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة)** والعاقلة الجماعة الذين يعقلون العقل وهو الدية يقال وديت القتيل إذا أعطيت ديته وعقلت عن القاتل أي أديت عنه ما لزمه من الدية، وقد ذكرنا الدية وأنواعها في كتاب الديات. وأما وجوبها على العاقلة فالأصل فيه ما صح عن النبي ﷺ أنه قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها على عصبة العاقلة فقال أبو القاتلة المقضى عليه: يا رسول الله كيف أغرم من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل ذلك ضلال؟ فقال عليه الصلاة والسلام: هذا من الكهان. ولأن النفس محرمة فلا وجه إلى إهدارها ولا إيجاب على المخطئ لأنه معذور فرفع عنه الخطأ وفي إيجاب الكل عليه عقوبة لما فيه من إجحافه واستئصاله فيضم إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف فكانوا أولى بالضم. وقوله «كل دية وجبت بنفس القتل» يحترز به عما ينقلب مالاً بالصلح أو بالشبهة لأن العدو يوجب العقوبة فلا يستحق التخفيف فلا تتحمل عنه العاقلة. وفي مبسوط شيخ الإسلام: طعن بعض وقال لا جناية من العاقلة ووجوب الدية باعتبارها فتكون في مال القاتل يؤيد ذلك قوله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [الأنعام: ١٦٤] ألا ترى أن من أتلف دابة يضمنها في ماله فكذا إيجاب الدية. قلنا: إيجاب الدية على العاقلة مشهور ثبت بالأحاديث المشهورة وعليه عمل الصحابة ومن بعدهم يتراد به على كتاب الله تعالى.

قال رحمه الله: **(وهي أهل الديوان إن كان القاتل منهم)** تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين. وأهل الديوان هم الجيش الذين كتبت أسماؤهم في الديوان وهذا عندنا. وقال الشافعي: على أهل العشيرة لما روينا وكان كذلك إلى أيام عمر رضي الله عنه ولا نسخ بعد النبي ﷺ فيبقى على ما كان ولأنها صلة والأقارب أولى بها كالإرث والنفقات. ولنا أقضية

إن كان القاتل منهم فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها وإن لم يكن ديواناً فعلى عاقلته وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يؤخذ من كل في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل الدية في ثلاث سنين على أربعة فإن

عمر رضي الله عنه فإنه لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لأنه كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع بالحلف والولاء والعدو وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعل على أهلها اتباعاً للمعنى وهذا قالوا: لو كان اليوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة، وإن كانوا بالحف فأهله والدية صلة كما قال لكن إيجابها فيما هو صله وهو العطار أولى من إيجابها في أصول أموالهم لأن أحق وما تحملت العاقلة إلا للتخفيف، والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي ﷺ ومحكي عن عمر رضي الله عنه اهـ. قال رحمه الله: **(فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها)** لحصول المقصود لأن المقصود التخفيف وقد حصل. أقول: فيه بحث وهو أن القياس كان يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما إلا أن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به، والشرع إنما ورد بإيجابه مؤجلاً بثلاث سنين فإنه المروي عن النبي ﷺ وهو المحكي عن عمر رضي الله عنه كما مر آنفاً فينبغي أن يختص التأجيل بثلاث سنين إذ تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به وسيجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما إذا قتل الأب ابنه عمداً ليس بحال عندنا بل مؤجلاً بثلاث سنين فتأمل هل يمكن دفعه؟ وهذا إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء، ولو خرجت عطايا ثلاث سنين مستقبلة في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لأنها بعد الوجوب إذ الوجوب بالقضاء وقد حصل المقصود بذلك وهو التخفيف، وإذا كان الواجب ثلث الدية أو أقل يجب في سنة واحدة، وإذا كان أكثر منه يجب في سنتين إلى تمام الثلثين، ثم إذا كان أكثر منه إلى تمام الدية تجب في ثلاث سنين لأن جمع الدية في ثلاث سنين فيكون كل ثلث في سنة ضرورة، والواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى تجب في ثلاث سنين وذلك مثل الأب إذا قتل ابنه عمداً إذا انقلب القصاص مالاً. ولو قتل عشرة رجلاً واحداً خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل وهو بدل النفس فيؤجل كل جزء من أجزائه بثلاث سنين. وأول المدة يعتبر من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي هو الدية والنقل إلى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته من ذلك الوقت. قال رحمه الله: **(وإن لم يكن ديواناً فعلى عاقلته)** لما روينا ولأن نصرته بهم وهي المعتبرة في الباب. قال رحمه الله: **(وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يؤخذ من كل في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل الدية في**

لم تتسع القبيلة لذلك ضم إليها أقرب القبائل نسباً على ترتيب العصبات والقاتل كأحدهم وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته ولا تعقل عاقلة

ثلاث سنين على أربعة) وذكر القدوري: لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها والأول أصح فإن محمداً نص على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم وثلث كما ذكرنا هنا لأن معنى التخفيف مراعى فيه.

قال رحمه الله: **(فإن لم تتسع القبيلة لذلك ضم إليها أقرب القبائل نسباً على ترتيب العصبات)** لتحقق معنى التخفيف. واختلفوا في أبي القاتل وأبنائه قيل يدخلون لقربهم، وقيل لا يدخلون لأن الضم ينفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من أربعة، وهذا المعنى إنما يستحق عند الكثرة والأبناء والآباء لا يكثرون. قالوا: هذا في حق العرب لأنهم حفظوا أنسابهم فأمكن إيجابهم على أقرب القبائل، وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فلا يمكن ذلك في حقهم فإذا لم يكن فقد اختلفوا فيه؛ فقال بعضهم يعتبر بالمحال والقرية الأقرب فالأقرب، وقال بعضهم رأي يفوض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به وهذا كله عندنا، وعند الإمام الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار فيستوي بين الكل لأنه كله صلة فيعتبر بالزكاة. ولو كانت عاقلته أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث يؤخذ كلما خرج رزق ثلث الدية بمنزلة العطايا، وإن كان يخرج في كل سنة وأرزاق في شهر فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق لأن الأخذ من الأعطية أيسر لهم والأخذ من الأرزاق يؤدي إلى الإضرار بهم إذ الأرزاق لكفاية الوقت ويتضررون وبالأداء منه والأعطية ليكونوا مؤتلفين في الديوان قائمين بالنصرة فتيسر عليهم الأداء منه. قال رحمه الله: **(والقاتل كأحدهم)** أي كواحد من العاقلة فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره به. وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يجب على القاتل شيء من الدية لأنه معذور ولهذا لا يجب عليه الكل فكذا البعض إذا الجزء لا يخالف الكل. قلنا: ايجاب الكل إجحاف به ولا كذلك إيجاب البعض ولأنها تجب بالنصرة ولا ينصر نفسه مثل ما ينصر غيره بل أشده فكان أولى بالايجاب عليه، فإذا كان المخطئ معذوراً فالبريء منه أولى قال الله تعالى: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾.[الانعام: ١٦٤] قال رحمه الله: **(وعاقلة المعتق قبيلة مولاه)** إذ نصرته بهم واسمها ينبي عنها يؤيد ذلك قوله ﷺ «مولى القوم منهم». قال رحمه الله **(ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته)** ومولى الموالاة هو الحليف فيعقل عنه مولاه الذي عاقده وعاقلة مولاه وهو المراد بقوله «وقبيلته» أي قبيلة مولاه الذي عاقده لأنه المعروف به فأشبه مولى العتاقة. قال رحمه الله: **(ولا تعقل عاقلة جناية العبد)** ولا العمد وما لزم صلحاً واعترافاً لما روينا ولأنه لا ينتصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته عنهم. قال رحمه الله **(إلا أن**

جناية العبد إلا أن يصدقوه في الإقرار وإن جنى حر على خطأ فهي على عاقلته.

يصدقوه في الإقرار) لأن التصديق إقرار منهم فتلزمهم بإقرارهم بأن لهم ولاية على أنفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال أو تقوم البينة لأن ما ثبت بالبينة كالمشاهدة لأنها كاسمها مبينة، وتقبل البينة هنا مع الاقرار وإن كانت لا تعتبر معه لأنها تثبت ما ليس بثابت باقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة، ثم ما ثبت بالإقرار يجب مؤجلاً وما ثبت بالصلح حال إلا إذا شرط التأجيل في الصلح وقد عرف في موضعه. ولو أقر بالقتل خطأ فلم يرتفعوا إلى الحاكم إلا بعد سنين فقضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين كان أول المدة من يوم قضي عليه لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة فكذا في الثابت بالإقرار أولى لأنه أضعف. ولو تصادق القاتل وأولياء المقتول على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة وكذبتهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لأن تصادقهما لا يكون حجة عليهم. ولم يكن عليه شيء في ماله لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما فلا يلزم إلا حصته بخلاف الأول حيث تجب جميع الدية على المقر لأنه لم يوجد التصديق من الولي بالقضاء بالدية على العاقلة وقد وجد هنا فافترقا.

قال رحمه الله: **(وإن جنى حر على خطأ فهي على عاقلته)** يعني إذا قتله لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد. وقال الشافعي: لا تتحمل النفس أيضاً بل يجب في مال القاتل. ولنا أنه آدمي فتتحمله العاقلة كالحر وهذا لأن ما يجب بقتله دية وهي بدل الآدمي لا المال على ما بيناه من قبل فكانت على العاقلة بخلاف ما دون النفس لأنه يسلك به مسلك الأموال، والمراد بالحديث قوله صلى الله عليه وسلم «لا تعقل العاقلة عبداً ولا عمداً جناية» أي لا تعقل العاقلة جناية عمداً ولا جناية عبد ونحن نقول به لأن جنايته توجب دفعة إلا أن يفديه المولى. قال أصحابنا: ليس على المرأة والذرية ممن له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه: لا يعقل مع العواقل صبي ولا امرأة. ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية، وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية وهذا صحيح فيما إذا قتله غيرهما، وأما إذا باشرا القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يشاركان العاقلة، وكذا المجنون إذا قتل فالصحيح أن يكون كواحد من العاقلة. والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والولاء وقرب السكنى والعدو الحلف وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا، وعلى هذا يخرج كثيراً من مسائل المعاقل. أخوان ديوان أحدهما بالبصرة وديوان الثاني بالكوفة لا يعقل أحدهما عن صاحبه إنما يعقل عنه أهل ديوانه، ومن جنى جناية من أهل البصرة وليس له في أهل الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه نسباً ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر، ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة لأن أهل

....

الديوان هم الذين يدروؤن عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم ولا يخصون بالنصرة أهل العطاء فقط بل ينصرون أهل المصر كلهم. وقيل: إذا لم يكونوا قريباً له لا يعقلونه وإنما يعقلون إذا كانوا قريباً له وله في البادية أقرب منهم نسباً لأن الوجوب بحكم القرابة وأهل مصر أقرب منهم فكانت القدرة على أهل النصرة لهم فصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة في الإنكاح. ولو كان البدوي نازلاً في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم، وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلاً فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات سيما في المعاني العاصمة عن الإضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم، فإن لم تكن عاقلة معروفة فديته في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لأنا بينا أن الوجوب على القاتل وإنما تتحول عنه إلى العاقلة إذا وجدت، فإن لم توجد بقي عليه بمنزلة مسلمين تاجرين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه فيقضى بالدية في ماله لأن أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه لأن تمكنه من القتل ليس بنصرتهم، ولا يعقل عاقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر، والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة. قالوا: هذا إذا لم تكن المعادات بينهم ظاهرة، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يعقل بعضهم بعضاً وهذا عند أبي يوسف لانقطاع التناصر بينهم. ولو كان العاقل من أهل الكوفة وله بهاء عطاء وحول ديوانه إلى البصرة ثم إذا رفع إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة. وقال زفر: يقضي على عاقلته من الكوفة وهم أهل الكوفة فصار كما لو حول بعد القضاء. ولنا أن الدية إنما تجب بالقضاء على ما ذكرنا أن الواجب هو المثل بالقضاء ينقل إلى المال بخلاف ما إذا حول بعد القضاء لأن الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لأن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما إذا نقلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لأن في النقل إبطال الحكم الأول فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحملين فيما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله. وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء بها فلم يقض عليهم حتى استوطن البصرة قضي على أهل البصرة بالدية، ولو كان قضى بها على أهل الكوفة فلم ينتقل اليهم، وكذا البدوي إذا لحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضي يقضي بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته فالدية لا تتحول عنهم بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية فقضى عليهم بالدية في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في عطاياهم، ولو كان قضى بها في أول مرة لأنه ليس له نقض القضاء الأول لأنه قضى بها في أموالهم وأعطاهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال إذ الأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل

....

العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليهم بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم فحينئذٍ لا يتحول إلى الدراهم لما فيه من إبطال القضاء الأول لكن تقضى الإبل من مال العطايا بأن يشتري به لأنه أيسر. قال علماؤنا رحمهم الله تعالى: إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة والدية في بيت المال إذا كان القاتل مسلماً لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من البعض بذلك، ولهذا إذا مات فميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال.

وعن أبي حنيفة رواية شاذة أنها تجب الدية في ماله. وابن الملاعنة تعقل عنه عاقلة أمه لأن نسبه ثابت منها دون الأب، فإذا عقلت عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم قضى لهم بالرجوع عليهم لأنه تبين أن الدية كانت وجبت عليهم لأنه بالدعوى ظهر أن النسب كان ثابتاً منه من الأصل، فقوم الأم يحملون ما كان واجباً على قوم الأب فيرجعون بها عليهم لأنهم مضطرون في ذلك، وكذا إذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد مسلم حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة ترجع عاقلة الأم على عاقلة الأب لأنه إذا أدى الكتابة يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت نثبت الحرية للأب وهو آخر جزء من أجزاء حياته، فتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم. وكذا رجل أمر صبياً بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الأمر ثبت بالبينة وفي مال الأمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها على الآمر أو على عاقلته لأن الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير عليهم فكذا الرجوع بها تحقيقاً للمماثلة. ثم مسائل العاقلة من هذا الجنس كثيرة وأجوبتها مختلفة، والضابط الذي يرد كل جنس إلى أصله أن يقال: إن حال القاتل أن تبدل حكماً بسبب حادث فانتقل ولاء إلى ولاء لم تنتقل جنايته عن الأول قضى بها أو لم يقض، وذلك كالولد المولود بين حرة وعبد إذا جنى ثم أعتق العبد لا يجر ولاء الولد إلى قومه، ولا تتحول الجناية عن عاقلة الأم قضى بها أو لم يقض. وكذا لو حفر هذا الغلام بئراً ثم أعتق أبوه ثم وقع فيها إنسان يقضى بالدية على عاقلة الأم لأن العبرة بحالة الحفر، ومن نظيره حربي أسلم ووالى رجلاً فجنى ثم أعتق أبوه جر ولاءه لأن ولاء العتاقة أقوى وجنايته على عاقلة من والاه لأن العبرة لوقت الجناية وتحول الولاء بسبب حادث فلا يعتبر في حق تلك الجناية فلا يتبدل، وإن لم يتبدل حال القاتل ولكن ظهرت حالة خفيت فيه تحولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع، وذلك مثل دعوة ولد الملاعنه وولد المكاتب إذا مات المكاتب عن وفاء وأمر الرجل الصبي بالجناية. ولو لم يتبدل حال الجاني ولم يظهر فيه الحالة الحقيقية ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت القضاء لا غير، فإن قضى بها على الأول لم تنتقل إلى الثاني وإلا قضى بها على الثانية، وذلك مثل أن يكون من ديوان أهل الكوفة ثم جعل من ديوان أهل

....

البصرة، فإن لم يكن فيه شيء مما ذكرنا لكن لحق العاقلة زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده إلا فيما سبق آداؤه فمن أحكم هذا الفصل وتأمل فيه أمكنه تخريج المسائل ورد كل واقعة من النظائر والأضداد إلى أصلها. قال بعض الفضلاء: هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم، وجوابه أن ذلك مبني على الغالب اهـ. أقول: يأبى هذا الجواب قول المصنف هنا فلا عاقلة بعد قوله أنهم لا يتعقلون فيما بينهم لأن النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف، فالأولى في الجواب أن يقال: المراد هناك نفي الوقوع أي لم يقع التعاقل فيما بينهم، والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضره اختلاف مللهم فتبصر والله تعالى أعلم.

كتاب الوصايا

الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت.

كتاب الوصايا

قال الشراح: إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة إذ آخر الأحوال في الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت. أقول: برد عليه أن كتاب الوصايا يا ليس بمورود في آخر هذا الكتاب وإنما المورود في آخرة كتاب الخنثى كما ترى نعم أن كثير من أصحاب التصانيف أوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب، ويمكن الجواب من قبل الشراح حمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الإضافي فإن آخره الحقيقي وإن كان كتاب الخنثى إلا أن كتاب الوصايا أيضاً آخره بالإضافة إلى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي، ومن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في أوائل كذا أو أواخره فإن صيغة الجمع لا تتمشى في الأول الحقيقي والآخر الحقيقي وإنما المخلص في ذلك تعميم الأول والآخر الحقيقي والإضافي. والكلام في الوصية من وجوه: الأول في تفسيرها لغة. والثاني في تفسيرها شرعاً. والثالث في سبب المشروعية. والرابع في ركنها. والخامس في شرطها. والسادس في صفتها. والسابع في حكمها. والثامن في دليل مشروعيتها. أما الوصية في اللغة فهي اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية ومنه قوله تعالى: ﴿حين الوصية﴾ [المائدة: ١٠٦] ثم سمى الموصى به وصية ومنه قوله تعالى: ﴿من بعد وصية توصون بها﴾ [النساء: ١٢] وفي الشريعة (**الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت**) بطريق التبرع سواء كانت ذلك في الأعيان أو في المنافع؛ كذا في عامة الشروح. أقول: وهذا التعريف ليس بجامع لأنه لا يشمل حقوق الله تعالى والدين الذي في ذمته، ولو قال المؤلف هي طلب براءة ذمته من حقوق الله تعالى والعباد ما لم يصلهما أو تمليك إلى الآخره لكان أولى. لا يقال إدخال أو في الحدود لا يجوز لأن الحدود الحقيقية ولا تعدد فيها لأنا نقول: إذا أريد تعريف الحقيقة في ضمن الأفراد جاز ذلك كما تقرر. قال بعض المتأخرين: ثم الوصية والتوصية وكذا الإيصاء في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته. وفي الشريعة تمليك

....

مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عيناً كان أو منفعة؛ هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب. وذكر في الإيضاح أن الوصية هي ما أوجبه الإنسان في ماله بعد موته أو في مرض موته والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بأنها مستحبة غير واجبة وأن القياس يأبى جوازها فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسألة حقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصي مذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق أن هذه الألفاظ كما أنها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعه فيه أيضاً لطلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته فقد نقل هذا عن شيخ الإسلام خواهر زاده لكن يشترط استعمال لفظ الإيصاء باللام في المعنى الأول وبـ«إلى» في المعنى الثاني، فحينئذ يكون يكون ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل؛ إلى هنا لفظه. ثم إن سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو إرادة تحصيل الذكر الحسن في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى. وأما شرائطها فكون الموصي أهلاً للتبرع، وأن لا يكون مديوناً، وكون الموصى له حياً وقت الوصية وإن لم يكن مولوداً حتى إذا أوصى للجنين إذا كان موجوداً حياً عند الوصية تصح وإلا فلا. وإنما تعرف حياته في ذلك الوقت بأن ولدته قبل سنة أشهر حياً. وكونه أجنبياً حتى إن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة، وأن لا يكون قاتلاً، وكون الموصى به شيئاً قابلاً للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي، سواء كان موجوداً في الحال أو معدوماً. وأن يكون أيضاً الموصى به بقدر الثلث حتى إنها لا تصح فيما زاد على الثلث؛ كذا في النهاية. وفي العناية أيضاً بطريق الإجمال. وفي الأصل: ومن شروطها كون الموصي أهلاً للتبرع فلا تصح من صبي ولا عبد. وأقول: فيه قصور بلا خلل؛ أما أولاً فلأنه جعل من شرائطها أن لا يكون الموصي مديوناً بدون التقييد بأن يكون الدين مستغرقاً لتركته والشرط عدم هذا الدين المقيد لا عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره. وأما ثانياً فلأنه جعل من شرائطها كون الموصى له حياً وقت الوصية والشرط كونه موجوداً وقت الوصية لا كونه حياً ألا ترى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حياً وتلك إنما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين في الرحم وبأقل مدة الحمل، وعن هذا كان المذكور في عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجوداً وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلاً. وأما ثالثاً فلأنه جعل من شرائطها أن يكون الموصى به مقدار الثلث لا زائداً عليه وهو ليس بسديد على إطلاقه فإن الموصي إذا ترك ورثه فإنما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث إن لم تجز الورثة، وإن أجازوه صحت وصيته به. وأما إذا لم يترك وارثاً فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بأن يكون له وارث، وأخرى بأن لا يجيزه الوارث والله أعلم. وأما ركنها فقوله أوصيت بكذا. وأما

وهي مستحبة ولا تصح بما زاد على الثلث والجحود لا يكون رجوعاً أوصى

صفتها فقد ذكرها المؤلف. وأما حكمها فالموصى له يملك المال بالقبض. وأما سبب مشروعيتها فقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ [النساء: ١٢] قال رحمه الله: (**وهي مستحبة**) يعني الوصية مستحبة. أقول: الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقاً لا يناسب ما سيأتي من التفصيل في الكتاب من أن الوصية بالثلث للأجنبي جائزة بدون الثلث مستحبة إن كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم، وإن كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى وأنها لا تجوز للوارث والقاتل فكان الظاهر أن يقال: الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة اللهم إلا أن يوجه قوله «وهي مستحبة» بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا أنها مستحبة على الإطلاق فكأنه قال إنها لا تصل إلى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التي فرط فيها. والظاهر أنها واجبة كما صرح به الإمام الزيلعي في التبيين. قال في العناية أخذاً من النهاية: فقوله «غير واجبة» رد لقول من يقول إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له مروءة ويسار لقوله تعالى ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين﴾ [البقرة: ١٨٠] والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة قال الشارح: هذا إذا لم يكن عليه حق مستحق لله، وإن كان عليه حق مستحق لله كالزكاة والصوم أو الحج أو الصلاة التي فرط فيها فهي واجبة والقياس يأبى جوازها لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال الملك، ولو أضافه إلى حال قيامه بأن قال ملكتك غداً كان باطلاً فهذا أولى إلا أن الشارع أجازة لحاجة الناس إليها لأن الانسان مغرور إلى بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافي ما فاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان مخالفة يحصل مقصوده وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما يبقى في قدر التجهيز والدين وقد نطق بها الكتاب وهو قوله تعالى ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ والسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إن الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم»[1] وعليه إجماع الأمة. ثم تصح الوصية للأجنبي بالثلث من غير إجازة الوارث ولا تجوز بما زاد على الثلث لما روي عن سعد بن أبي وقاص أنه قال: جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي قلت: يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي افأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قال قلت: فالشطر يا رسول الله؟ قال: لا. قال قلت: فالثلث؟ قال: فالثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير

(١) رواه ابن ماجه في كتاب الوصايا باب ٥. أحمد في مسنده (٦/ ٤٤١).

....

لك من إن تذرهم عالة يتكففون الناس. ولأن حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال إلا أن الشرع لم يظهر في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزاً عما يتفق لهم من التأذي بالايثار، وقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر» وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث. وقوله «مستحبة الخ» الأفضل لمن كان قليل المال أن لا يوصي بشيء» والأفضل لمن كان له مال كثير أن يوصي بما لا معصية فيه. وقدر الأغنياء عند الإمام إذا ترك لكل واحد من الورثة أربعة آلاف دون الوصية، وعن الإمام الفضل عشرة آلاف. وفي الموصي الذي أراد أن يوصي ينبغي أن يبدأ بالواجبات فإن لم يكن عليه شيء من الواجبات بدأ بالقرابة، فإن كانوا أغنياء فالجيران. وفي الفتاوى: عامل السلطان أوصى بأن يعطي للفقراء كذا كذا من ماله قال أبو القاسم: إن علم بأنه مال غيره لا يحل أخذه، وإن علم أنه مختلط بمال غيره جاز أخذه، وإن لم يعلم لا يجوز حتى يتبين أنه ماله. قال الفقيه أبو الليث: الجواز قول أبي حنيفة لأنه ملكه بالخلط، وعلى قولهما لا يجوز. وفي الخانية: إذا أوصى أن ينفق على فرس فلان جاز وهي وصية لصاحب الفرس.

قال رحمه الله: **(ولا تصح بما زاد على الثلث)** فهذه العبارة أولى من عبارة الهداية حيث قال: ولا تجوز لأنه يلزم من عدم الصحة عدم الجواز ولا يلزم من عدم الجواز عدم الصحة، والمراد بعدم الصحة عدم النفاذ حتى لا ينفذ بل يتوقف على الإجازة كما سيأتي إن شاء الله تعالى. قال بعض المتأخرين: يعني لا يجوز بما زاد على الثلث حتى لا يجوز في حق الفاضل على الثلث بل في حق الثلث، فقط لا أنه لا تجوز هذه الوصية أصلاً. فإن قلت: كيف جاز استعمال اللفظ في بعض مدلولاته دون بعض وبأي وجه أمكن ذلك؟ قلت: يجعله في حكم وصايا متعددة بأن يجعل قوله أوصيت لفلان بثلثي مالي في قوة قوله أوصيت له بثلثه دون الزائد والوصية تارة تكون منجزة، وتارة معلقة بشرط فيجب أن يعلم بأن تعلق الوصية بالشرط جائز. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف في الإملاء: إذا أوصى بثلثه لرجل على أن يحج عنه فهذا جائز إن قبل ذلك الموصى له. ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال في وصيته ينفق على فلان كذا والموصى له غائب أو مات الموصي وهو غائب فهو بمنزلة رد الوصية ولا شيء له، وكذلك إن قدم فلم يقبل، وإن قدم وقبل فله ما مضى. قال أبو يوسف: رجل أوصى بثلث ماله لرجل وقال أن أبى فهو لفلان فمات الموصى له الأول أو لم يأب فالثلث للأول ولو أبى كان للآخر، لو قال ثلثي وصية لفلان فإن لم يشأ ذلك فلفلان فهو مثل الأول، ولو قال ثلثي وصية لفلان إن شاء وإن أبى فهو لفلان فمات الموصى له قبل أن يتكلم بشيء فالثلث مردود على الورثة. ابن سماعة عن محمد: رجل أوصى لرجل بوصية

....

وقال إن لم يقبل فلان ما أوصيت له به أو قال إن رد فلان ما أوصيت به فهو لفلان فإذا الموصى له الأول حياً أو كان حياً فمات قبل الموصي ولم يعلم بالوصية قال هي للثاني كلها إن أسلمت جاريتي هذه فأعتقوها فباعوها قبل أن تسلم ثم أسلمت بعد مضي البيع صح ولا ترد. قال أبو حنيفة: إذا قال أوصيت أن يخدم عبدي فلاناً سنة ثم هو لفلان فقال فلان لا أقبل الوصية قال: يخدم الورثة سنة ثم الموصى له ولا تبطل وصيته للثاني بأباء الأول الخدمة. قال أعطوه فلاناً بعد السنة فإن مات فلان خدم تمام السنة للورثة ثم يدفع إلى الموصى له بعد تمام السنة. وقال أبو حنيفة: هذه وصية فيها يمين وليست المسألة الأولى كهذه ابراهيم بن رستم عن محمد: قال أرضي التي في موضع كذا وغلامي فلان لأم ولده فيصير ميراثاً منها. ابن سماعة عن أبي يوسف: أوصى أن ينفق على أم ولده ما قامت على ولدها وقال إن تزوجت فلا شيء لها فتزوجت وطلقها زوجها فرجعت إلى ولدها لم يرد عليها ما كان أوصى به لها وقد بطل ذلك، وكذلك إن خرجت من بلادها إلى بلاد أخرى، ولو خرجت من دارها أو جاء منها شيء يعرف أنها قد تركتهم ولم تقم عليهم فلا هذه الدار لك على أن تحج في سبيل الله أو قال هذه الدابة لك على أن تغزوا عليها في سبيل الله قال: هي له وله أن يصنع بها ما شاء. عن أبي يوسف: رجل أوصى بثلث ماله لرجل وشرط عليه أن يقضي دينه معناه شرط الموصي على الموصى له أن يقضي دين الموصي فهذا على وجوه: إن كان الدين مجهولاً أو كان معلوماً إلا أن الثلث مجهول فالوصية باطلة، وإن كان الدين معلوماً والثلث معلوماً فإن لم يكن في الثلث ذهب ولا فضة فهو جائز ويجب له الثلث بالدين إذا قبل كما يجب في البيع، وإن كان في الثلث دراهم إن كان أكثر من الدين فإن هذا لا يجوز من قبيل أن هذا بيع دراهم بدراهم وفضل عروض سوى ذلك، وإن كانت الدراهم التي في الثلث أقل من الدين جاز، فإن قبض الثلث ساعة يموت أو قبض الدراهم التي في الثلث ساعة يموت وقضى الدين ساعته انتقض ذلك في الدراهم ما يخصه وجاز في العروض. أوصى بألف درهم على أن يقضي عنه فلاناً خمسمائة لا يجوز، ولو قال على أن يقضي فلاناً منها خمسمائة جاز العلاء في نوادر هشام عن أبي يوسف: إذا قال إذا مت وهذان العبدان في ملكي فهما وصية لفلان فمات أحد العبدين ثم مات الموصي والثاني في ملكه فالوصية باطلة، ولو قال إن مت وفلان وفلان حيان فهذا العبد وصية لهما فمات أحدهما قبل موت الموصي فإن الثاني منهما يعطي نصف العبد. قال: وإذا أوصى رجل لأمته أن تعتق على أن تتزوج ثم مات الموصي فقالت الأمة لا أتزوج فإنها تعتق، ويجب أن يعلم بأن الموصي متى علق عتق مملوكه بشيء بعد موته فإنه لا يخلو من وجهين: أن يعلقه على فعل غير مؤقت بأن قال هي حرة إن ثبتت على الإسلام بعد موتي أو أوصى أن يعتقوها بعد موته على أن لا تتزوج أو قال هي حرة بعد موتي إن لم تتزوج أو علق عتقه على فعل مؤقت بأن قال إن مكثت مع ولدي شهراً فهي حرة أو

....

قال أعتقوه إن لم يتزوج شهراً. فإن علق عتقه بالثبات على فعل غير مؤقت حال حياته بأن قال لمملوكه حال حياته إن ثبت مع ولدي أو في هذه الدار شهراً فأنت حرة فثبتت ساعة عتقت، وكذا إذا علق عتقه بالثبات على فعل غير مؤقت بأن أوصى بأن يعتقوها على أن لا تتزوج أو قال إن لم تتزوج إذا قالت بعد موت المولى لا أتزوج فإنها تعتق إذا كانت تخرج من ثلث ماله؛ هكذا وقع في بعض النسخ. وفي بعض النسخ إذا لم تتزوج يوماً أو أقل وأكثر فإن الوصية لها صحيحة، فإن تزوجت بعد ذلك صح نكاحها ولا يبطل عتقها ووصيتها ولا يلزمها السعاية في شيء للورثة، وهذا قول علمائنا الثلاثة. قال: أوصى لأم ولده بألف درهم على أن تتزوج أو قال إن لم تتزوج إن قالت لا أتزوج بعد موت الموصي فإنه يعطي لها وصيتها، فإن تزوجت بعد ذلك لا يسترد الألف منها. ولو قال ما لم تتزوج شهراً فهو على ما قال لا تستحق وصيتها ما لم تترك التزوج شهراً، وإذا تزوجت قبل مضي الشهر تبطل وصيتها. أوصى لها بألف درهم على أن تثبت مع ولدها فمكثت مع ولدها ساعة استحقت الوصية. قال: وإذا أوصى لرجل بخادمه على أن يقيم مع ابنته ومع ابنه حتى يستغنيا ثم هي حرة فهذا على وجهين: فإما كانا كبيرين أو كانا صغيرين، فإن كانا كبيرين فإنها تخدم الابنة حتى تتزوج وتخدم الابن حتى يتأهل أو يجد ما يشتري به خادماً يخدمه فيستغني عن خدمتها، وإن كانا صغيرين تخدمهما حتى يبلغا، وإن مات أحدهما أو ماتا جميعاً قبل أن يستغنيا فإن الجارية لا تعتق وتبطل الوصية. قال: إذا أوصى لها بالعتق على أن تتزوج فلاناً بعينه فقالت أفعل تعتق من ثلثه وبعد هذا إذا أبت أن تزوج نفسها من فلان وفلان أجنبي لا شيء عليها. قال: ولو أوصى بعتق عبد له أن لا يفارق وارثه أبداً وعليه دين يحيط به وبطلت وصيته وبيع في الدين. ولم يتعرض المؤلف لبيان ما يدخل في الوصية بطريق التبع وما لا يدخل.

قال محمد: الولد والكسب إذا ولدا قبل موت الموصي فإنهما لا يدخلان تحت الوصية. سواء كانا يخرجان من الثلث أو لا يخرجان. فأما إذا حدث الولد والكسب بعد موت الموصي إن حدثا يوم القسمة والتسليم لا يدخلان تحت الوصية ولا يسلمان للموصى له بحكم الوصية حتى لا يعتبر فيها الثلث والثلثان، فأما إذا حدث الولد والكسب قبل قبول الموصى له قبل القسمة والتسليم هل يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث أو لا يجعل موصى به حتى لا يكون للموصى له من غير اعتبار الثلث؟ لم يذكر محمد هذا في شيء من الكتب نصاً، وقد اختلف فيه المشايخ المتأخرون؛ ذكر القدوري أنه لا يصير موصى به حتى لا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو حدث بعد القسمة والتسليم، ومشايخنا قالوا بأنه يصير موصى به حتى لا يعتبر خروجه من الثلث كما لو وجد قبل القبول. وفي نوادر ابراهيم عن محمد فيمن أوصى لرجل بحائط فهو بأرضه كله وصية، ولو أوصى بنخلة فهو على النخلة دون الأرض قال: إنما تسمى نخلة وهي مقطوعة وهذا في

. . . .

عرفهم، وفي عرفنا تسمى نخلة وهي قائمة أيضاً فعليه تدخل أرضها. في نوادر المعلى عن أبي يوسف: أوصى لرجل بنخل كثير أو نخلة واحدة أو وهب أو تصدق أو باع فله ما على ظهر الأرض، ولو أوصى له بكرم أو بستان أو جمة فله ذلك بأصله ولا يشبهه هذه النخلة، وذكر المعلى عن أبي يوسف: إذا أوصى بنخلة لإنسان ولآخر بثمرها فالوصية جائزة والنخل للموصى له بالنخل بأصله وأرضه. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا أوصى بزق زيت فهو على الزق دون الزيت، ولو قال بزق الزيت فهو على الزق وحده، ولو بسفينة الطعام فهو على السفينة، وكذلك على هذه الوجوه في رواية الماء وقوصرة التمر. ولو أوصى لأحد بميزان فهو على العمود والكفتين والخيوط ولا يدخل فيه السنجات والغلاف، وهذا إذا كان بغير عينه، وأما إذا كان بعينه دخل فيه. وقال أبو يوسف: إذا أوصى لرجل بالميزان فله الكفتان والعمود ولا يمكن له السنجات، وأما القبان فهو له برمانته وكفته. وذكر الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف عن أبي يوسف: إذا أوصى لرجل بسيف فله النصل دون الجفن وهو قول أبي حنيفة. وعنه أن له السيف مع جفنه ورواية ابن سماعة موافقة لرواية الأصل. ولو أوصى بمصحف وله إذا أوصى غلاف فله المصحف دون الغلاف في قول أبي حنيفة. وفي البقالي له بقبة تركية فهو له بالآلة، فلو أوصى بحجلة فله الكسوة دون العيدان، وفيه أيضاً أبي يوسف: أوصى لرجل بسرج فكل شيء علق به وحرز فيه فهو له ولا يكون له غيره. وذكر الحسن في كتاب الاختلاف عن أبي يوسف في الوصية بالسرج أن له الدرفتين والركابين والمرة لا يكون للعبد والرفادة والصنقة. وذكر ابراهيم عن محمد في رجل مات فأعتق عبده قال: له كسوته ومنطقته. وإن قال متاعه يدخل فيه سيفه ومنطقته قال محمد: هي وصية عبد الله بن المبارك لغلامه. وفي نوارد بشر عن أبي يوسف: أوصى لرجل بشاة من غنمه ولم يقل من غنمي هذه فأعطى الورثة الموصى له شاة قد ولدت بعد موت الموصى قال؛ لا يتبعها ولدها. ولو قال أوصيت لفلان بشاة من غنمي هذه فأعطوه شاة قد ولدت بعد موت الموصي ولداً قال يتبعها ولدها. ولو استهلك الوارث الولد قبل أن يعطي الشاة فلا ضمان عليه، وكذلك لو أوصى له بنخلة بأصلها ولم يقل من نخلي هذا فهي مثل الشاة التي أوصى بها ويعطونه أي نخلة شاؤوا دون ثمرتها التي أثمرتها في حياة الموصي أو بعد وفاته، وإن كانوا استهلكوا ذلك فلا ضمان عليهم. وما يتصل بهذا الفصل ما إذا أوصى أن تعتق جاريته هذه بعد موته ومات فقبل أن تعتق ولدت ولداً فهي مع ولدها يخرجان من الثلث، عتقت الجارية ولم يعتق الولد، وكذا لو أوصى بأن يكاتب هذه الجارية بعد موته أو أوصى أن تباع هي من نفسها أو تعتق على مال فولدت ولداً بعد موت الموصى لا تنفذ الوصية في الولد. ولو أوصى أن يتصدق بجاريته هذه على المساكين أو على فلان أو توهب من فلان فولدت ولداً بعد موته فتنفذ الوصية في الولد كما تنفذ في الجارية، ولو أوصى بأن تباع

....

جاريته هذه من فلان بألف درهم فولدت ولداً بعد موت الموصي بيعت هي ولا يباع ولدها. ولو أوصى بأن تباع جاريته هذه ويتصدق بثمنها على المساكين أو على فلان فولدت الجارية بعد موته ولداً فإنه تنفذ الوصية في الولد، ولو أوصى بأن تباع جاريته هذه من فلان بألف درهم فجاء عبد وقتلها فدفع بها أو قطع يدها فدفع بيدها أو وطئها وطأ بشبهة حتى غرم العقر فإنه لا يباع العبد المدفوع ولا الأرش ولا العقر فبعد ذلك ينظر؛ إن كانت قد قتلت بطلت الوصية لفقدان محلها، وإن كانت قد قطعت يدها بيعت من الموصي له بنصف الثمن إن شاء، ولو وطئت وهي ثيب لم ينقصها الوطء لا يحط شيء من الثمن، وكذلك إذا تلفت عينها أو يدها بآفة سماوية بيعت بجميع الثمن المشتري إلا إذا صارت إليه أصلاً فصار له حصته من الثمن، ولو أوصى بأن تباع جاريته هذه من فلان بألف درهم ويتصدق بثمنها على المساكين فأبى فلان البيع بطلت الوصيتان جميعاً، وكذلك لو قتلت الجارية بعد موت الموصي وغرم القاتل قيمتها بطلت الوصيتان، وكذلك لو أوصى أن تكاتب جاريته ويتصدق ببدل الكتابة أو تباع من نفسها ويتصدق بثمنها على المساكين فولدت بعد موته ولداً بيعت هي وحدها ولم يبع معها ولدها، وأما بيان الألفاظ التي تكون وصية والتي لا تكون وصية روى ابن سماعة في نوادره عن محمد: إذا قال الرجل أشهدوا أني أوصيت لفلان بألف درهم وأوصيت بأن لفلان في مالي ألف درهم فالألف الأولى وصية والأخرى إقرار. والفرق أن أوصيت لما دخلت على «أن» المصدرية تستعمل بمعنى ذكرت ولهذا كان إقراراً بخلاف الأولى فإنها على بابها.

وفي الأصل: إذا قال في وصيته سدس داري لفلان وأني أجيز ذلك يكون وصية، ولو قال سدس في داري لفلان وإني أجيز ذلك يكون وصية، ولو قال لفلان سدس في داري فإنه يكون إقراراً، وعلى هذا إذا قال الرجل لفلان درهم من مالي يكون وصية استحساناً، وإن كان في ذكر وصيته إذا قال في مالي كان إقراراً، وإذا قال عبدي هذا لفلان وداري هذه لفلان ولم يقل وصية ولا كان في ذكر وصيه ولا بعد موتي كانت هبة قياساً واستحساناً، وإن قبضها في حال حياته صح، وإن لم يقبضها حتى مات فهو باطل، وإن ذكرها في خلال الوصية ذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي في شرح وصايا الأصل القياس أن يكون هذا وصية، وفي الاستحسان لا يكون وصية. وإذا قال أوصيت أن يوهب لفلان سدس داري بعد موتي كان ذلك وصية عملاً بقوله بعد موتي فالهبة بعد الموت هي الوصية فتصح مع الشيوع ولا يشترط قبضه في حيات الموصي. ولو قال ثلثي مالي لفلان أو قال سدس مالي لفلان ثم مات قبل أن يقبض فالقياس أن يكون هذا باطلاً، وفي الاستحسان يكون وصية جائزة وتأويله إذا قال ذلك في خلال الوصايا يكون وصية ظاهرة فصار كأنه قال ثلث مالي وصية لفلان، ولو قال هكذا فإنه جائز، وإن كان قبل القبض، وكذلك إذا قال بعد موتي لأنه لما قال بعد موتي فإنه نص على الوصية بخلاف ما إذا قال في صحته ثلث مالي لفلان لأنه

....

لم يصرح بالوصية ولا ذكرها في خلال الوصايا ولا إضافة إلى ما بعد الموت فلا يجعل وصية بل يجعل هبة لو ذكرها في خلال الوصايا أو إضافة إلى ما بعد الموت وكان ذلك في حال الصحة يكون وصية. والحاصل لا فرق بين حالة الصحة وحالة المرض، وروى محمد عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة في رجل قال في مرضه أو في صحته إن حدث لي حادث فلفلان كذا هذا وصية، وكذلك لو قال لفلان ألف درهم من ثلثي فهذا وصية وإن لم يذكر فيها الموت، ولو قال لفلان ألف درهم من ثلث مالي أو قال من نصف مالي أو قال من ربع مالي فهو باطل، وفي الخانية: قال ذلك في صحته أو مرضه إلا أن يكون عند ذكر الوصية. وفي فتاوى الليث: مريض قال أخرجوا ألف درهم من مالي أو قال أخرجوا ألف درهم ولم يزد على هذا ثم مات، فإن قال ذلك في ذكر الوصية جاز. وفي الخانية، ويصرف إلى الفقراء رجل حضرته الوفاة فقال له رجل ألا توصي فقال قد أوصيت بثلث مالي ولم يزد عليه حتى مات يدفع كل السدس للفقراء. وفي الخانية: مريض قالوا له لم لا توصي فقال قد أوصيت بأن يخرج من ثلث مالي ألفان فيتصدق بألف على المساكين ولم يزد على ذلك حتى مات فإذا ثلث ماله ألفان. قال الشيخ الإمام أبو القاسم: يتصدق بالألف. ولو قال المريض أوصيت أن يخرج ثلث مالي ولم يزد عليه قال بتصدق بجميع الثلث على الفقراء. وفي المنتقى: إذا قال إن مت من مرضي هذا فأمتي هذه حرة وما كان في يدها فهو عليها صدقة قال: أرى ذلك جائزاً على وجه الصدقة وما كان في يدها يوم مات وعليه البينة أن هذا كان في يدها يوم مات، ولو قال إن مت من مرضي هذا فغلماني أحرار ويعطى فلان من مالي كذا وكذا ويحج عني ثم برأ مرضه ثم مرض ثانياً وقال للشهود الذين أشهدهم على الوصية الأولى أو لغيرهم اشهدوا أني على الوصية الأولى قال محمد: أما في القياس هذا باطل لأنه قد بطلت وصيته الأولى حين صح من مرضه ذلك لكنا نستحسن فنجيز ذلك منه ويتحاصون في الثلث، وعلى هذا القياس والاستحسان إذا قال أوصيت لعبد ابنه بمائة درهم وللمساكين بمائة درهم ثم قال إن مت من مرضي هذا فغلماني أحرار ثم برأ ثم مرض ثانياً. ولو قال إن لم أبرأ من مرضي وزاد في فتاوى الفضلي أو قال بالفارسية الدين الدين يتمارى من أبدأ يأرين يتمارى ممن مر فحينئذ إذا برأ تبطل وصيته. وفي الظهيرية ومجموع النوازل: رجل قال لآخر في وصيته بالفارسية يتمارى دار في ربدان مرابصين من فقد جعله وصياً في تركته، وكذا لو قال معدهم وممر يأمرهم وما يجري مجراه. ولو قال المريض عمر كان من وريد من تحول بعد أن مات أو قال مرور بدان من أصابع فمات قال: يصير وصية امرأة أوصت بأشياء وقال في ذلك حر لسان من أماً وكان بها هندان قال من هل تصح هذه الوصية وماذا يعطي قال: هذه وصية لمن ليس هو من جملة أربابها والتقدير في هذا ذلك لما يخاطبه بذلك يعطى مالها أقرباؤها وقد يبطل اسم التذكرة. الخانية: مريض أوصى بوصايا يأثم برأ من مرضه ذلك وعاش سنين

. . . .

ثم مرض فوصاياه ثابتة إن لم يقل إن مت من مرضي هذا أو قال إن لم أبرأ من مرضي هذا فقد أوصيت بكذا أو قال بالفارسية الدمن ارين سماري غير من حينئذ إذا برأ بطلت وصيته. ولو قال أبرأت غرماني ولم يسمهم ولم ينو أحداً منهم بقلبه قال أبو القاسم: روى ابن مقاتل عن أصحابنا أنهم لا يبرؤون. رجل له دين على رجل فقال المديون إذا مت فأنت بريء من ذلك الدين قال أبو القاسم: يجوز ويكون وصية من الطالب للمطلوب. وفي النوازل سئل عن رجل كان له على رجل دين فقال له إذا مت فأنت بريء من ذلك الدين قال: يجوز وتكون وصية من الطالب للمطلوب إذا مات. وإذا قال إن مت من برئ من ذلك الدين قال: لا يبرأ وهو مخاطرة. وهو بمنزلة قوله إن دخلت الدار فأنت بريء مما عليك. وفي المنتقى: إذا قال الرجل ضعوا ثلثي حيث أمر الله تعالى يرد إلى الورثة. وفي الخلاصة: ولو قال ثلث مالي حيثما يرى الناس أو حيثما يرى المسلمون قيل في عرفنا ليست بوصية. وفي العيون: إذا قال انظروا إلى كل ما يجوز لي أن يوصى به فأعطوه فهذا على الثلث. ولو قال انظروا ما يجوز لي أن أوصى به فأعطوه فالأمر إلى الورثة لأنه يجوز أن يوصي بدرهم وبأكثر. وقوله ما يجوز لي كذا ذكرهما ههنا ومراده إذا كانت الورثة كباراً كلهم، أما إذا كان فيهم صغير أو من في معناه يجعل في حقه كان الموصي أوصى بدرهم لا غير لأنه هو المتيقن. وسئل أبو نصر عمن قال ادفعوا هذه الدراهم أو هذه الثياب إلى فلان ولم يقل هي له قال: إن هذا باطل لأن هذا ليس بوصية. وسئل أبو نصر الدبوسي عمن قال في وصيته ثلث مالي وقف ولم يزد على هذا قال: إن كان ماله نقداً يعني دراهم أو دنانير وما أشبه ذلك فهذا القول منه باطل وصار كقوله هذه الدراهم وقف، وإن كان ماله ضياعاً ونحوه صار وقفاً على الفقراء. وفي الظهيرية: وقد قيل الفتوى على أنه لا يجوز ما لم يبين جهة الوقف. ولو أوصى رجل أن ما وجد مكتوباً من وصية والذي ولم أكن نفذتها تنفذ أو أقر بذلك على نفسه إقراراً في مرضه قالوا: هذه وصية إن صدقته الورثة بتصديقهم، وإن كذبوه كان من الثلث بخلاف الدين. وفي الخانية: بخلاف الدين الذي لا طالب له إلا الله تعالى وكان حكمه حكم الزكاة والكفارات. وسئل محمد بن مقاتل عمن أوصى أن يعطي للناس ألف درهم قال: الوصية باطلة، ولو قال تصدقوا بألف درهم فهو جائز ويعطى للفقراء. وفي الخلاصة: لو قال لعبده أنت لله لا يعتق وقال محمد: الوصية جائزة وتصرف إلى وجوه البر. وفي الخانية: وفي مسألة العتق إن أراد به العتق عتق، وإن أراد به أنه لله لا يلزمه شيء والوصية تارة تكون بالألفاظ وتارة تكون بالإشارة المفهمة. قال في فتاوى أبي الليث: مريض أوصى وهو لا يقدر على الكلام لضعفه فأشار برأسه يعلم منه أنه يعتمد قال ابن مقاتل: تجوز وصيته عندي ولا تجوز عند أصحابنا، وكان الفقيه أبو الليث يقول: إذا فهم منه الإشارة يجوز. وفي فتاوى أبي الليث: إذا كتب وصيته ثم قال أنفذوا وما في هذا الكتاب تنفذ وصيته؛ هكذا ذكر في كتاب الشهادات قال الشيخ الإمام أبو

....

بكر محمد بن الفضل: هو باطل لأن هذا يكون للأغنياء والفقراء جميعاً، ولو قال ست ورمران مرروان كسد كانت الوصية جائزة لأن هذا اللفظ يراد به القربة. وقال الإمام علي بن الحسن السغدي: قوله «وإن كسد» ليس من لساننا فلا أعرف هذا وإذا قرئ صك الوصية على رجل فقيل له أهو كذا فأشار برأسه نعم يجوز ذلك على ما تقدم.

قال رحمه الله: **(والجحود لا يكون رجوعاً)** يعني لو جحد الوصية فإنه لا يكون رجوعاً وليس هذا كجحود الموكل الوكالة وجحود أحد الشريكين وجحود المودع الوديعة المستأجرين، فعلى رواية الجامع لا يكون فسخاً، وعلى رواية المبسوط يكون فسخاً. وجه روايه الجامع أن الجحود كذب حقيقة فإنه قال أنا لم أوص ويحتمل الفسخ مجازاً لأنهما يتفقان في المعنى الخاص لأن الفسخ رفع العقد من الأصل والجحود الكذب لا يكون رجوعاً، وإن أراد الفسخ يجعل فسخاً لا كذباً صوناً لكلام العاقل عن الكذب والفساد، وحملاً لأمره على الصحة والسداد لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تظنن بكلمة خرجت من أحد شراً أو أنت تجد لها من الخير محلاً» فلا يجعل جحود الموصي فسخاً منه لأنه ممن يتعود بالفسخ وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى. قال أبو يوسف: لو أوصى لرجلين ثم رجع عن إحدى الوصيتين ولم يبين أيتهما تلك حتى مات فللوارث أن يبطل أيتهما شاء ويمضي الأخرى، فإن كان الوارث صغيراً فأبوا الوصي، وإن لم يكن له وصي فالحاكم. ولو أوصى بأرض ثم حفرها فهذا رجوع، وإن زرع فيها إنساناً فهو رجوع، وإن زرعها حنطة فليس برجوع لأن حفر الكرم وغرس الأشجار للاستدامة والاستقرار. ولم يتعرض المؤلف للرجوع عن بعض الوصية ونحن نذكر ذلك تتميماً للفائدة. قال في المبسوط: ولو قال أوصيت بهذه الألف لفلان فقد أوصيت لفلان منها بمائة فليس هذا برجوع فالمائة بينهما نصفان تسعمائة للأول لأن عطف الوصية الثانية على الأولى في المائة والعطف يقتضي الاشتراك مع المعطوف عليه فيما عطف، وإنما عطف في المائة فيوجب الاشتراك بينهما في المائة. ولو قال قد أوصيت لفلان وفلان بألف إلا بمائة لأحدهما فالمائة لهذا والتسعمائة للأول منهما، وكذا هذا في الإقرار وقد مرت في الإقرار. ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال قد أوصيت لفلان بما أحب من ثلثه، فإن أحب الثلث كله كان الثلث بينهما نصفين، وإن أحب كله إلا درهماً ضرب له بالثلث لا درهماً لأنه فوض إلى الأول إرادة الوصية للثاني فما أراده الأول وأحبه يكون للثاني إلا إذا أراد كله يكون الثلث بينهما كما لو أوصى بالثلث لهذا فيكون الثلث بينهما نصفين لما يأتي فكذا هذا. ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً لأن اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها، وكذا إذا قال بها فهو لفلان وارثي يكون رجوعاً عن الأول ويكون وصية لوارث، وحكمه أنه يجوز إن

باب الوصية بثلث المال

لهذا بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه لهما وإن أوصى لآخر بسدس

أجازته الورثة، ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الأولى على حالها لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني فلم تكن فبقي الأول على حاله، ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهو للوارث لبطلان الوصية الأولى بالرجوع والثانية بالموت وقد تقدم بعض هذه المسائل فراجعه.

باب الوصية بثلث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق بها في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب؛ كذا في النهاية والغاية. قال رحمه الله: **(أوصى لهذا بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه لهما)** أي إذا لم تجز الورثة الوصيتين كان الثلث بينهما لأن ثلث المال يضيق عن حقهما إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الأول، ولو أوصى لرجل بسيف قيمته مائة درهم ولآخر بسدس ماله وليس له سوى السيف خمسمائة درهم نقداً وعروضها فما فضل على سدس السيف فهو لصاحبه، والسدس بينه وبين صاحب السدس نصفان، ولصاحب السدس سدس الخمسائة عند أبي حنيفة. وعندهما السيف بينهما على سبعة لصاحب السدس سبعة. وأما تخريج أبي حنيفة فلأن القسمة في السيف عنده على سبيل المنازعة لأنه عين شائع فلا يكون ملحقاً بالميراث فنقول اجتمع في السيف وصيتان وصية بالثلث ووصية بالسدس فاجعل السيف على ستة أسهم، ولا منازعة لصاحب السدس فيما زاد فيه وذلك خمسة أسهم تسلم للموصى له بلا منازعة، وبقي سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفين، فإن كسره بالنصف فأضعف حتى يزول الكسر. فأما التخريج لهما فلأن القسمة عندهما على سبيل العول والمضاربة فيضرب الموصى له بالكل بستة ويضرب الموصى له بالسدس بسهم فصار السيف على سبعة. ولو أوصى بثلث ماله لآخر مع هذا ولم تجز الورثة فصاحب السدس في الثلث بسدس خمسمائة وثلث سدس السيف، وصاحب السيف بخمسة أسداس السيف إلا سدس سبعة عند أبي حنيفة لأنه اجتمع في السيف ثلاث وصايا وصية بالكل، ووصية بالثلث، ووصية بالسدس، فاجعل السيف على ستة فلا منازعة لأحد فيما زاد على الثلث وذلك أربعة فسلم لصاحب السيف بقي سهمان لا منازعة لصاحب السدس فيما زاد على سهم واحد يدعيه صاحب السيف وصاحب الثلث فيكون بينهما نصفين فانكسر الحساب بالنصف فأضعف

....

حتى يزول الكسر فصار السيف على اثنتي عشر لصاحب السيف أربعة ونصف ضعيفة فصار تسعة ولصاحب نصف سهم ضعفيه بقي سهمان استوت منازعة الكل فيهما فيكون بينهم أثلاثاً فانكسر بالأثلاث فاضرب اثني عشر في ثلاثة فيصير ستة وثلاثين لصاحب السيف سبعة صارت مضروبة في ثلاثة فصار له ثلاثة، والمنكسر سهمان ضربتهما في ثلاثة فصارت ستة يستقيم بينهم لكل واحد سهمان، ثم اجعل كل مائة من الخمسمائة على ستة وثلاثين لأن القيمة في السيف مائة وقد صار على ستة وثلاثين فاضرب خمسة في ستة وثلاثين فصار مائة وثمانين، فإن أجازت الورثة فلصاحب الثلث ثلثه وذلك ستون ولصاحب السدس سدسه وذلك ثلاثون فلصاحب السيف سبعه وذلك ستة وثلاثون فصار سهام الوصايا مائة وستة عشر، فإن لم تجز الورثة يجعل الثلث على قدر سهام الوصايا وذلك مائة وستة عشر وجميع المال ثلاثمائه وثمانية وسبعون والسبعة سدسه يكون ثلاثة وستين فيدفع إليهم من الثلث مثل ما كان يدفع عند الإجازة من جميع المال فيدفع إلى صاحب السيف ستة وثلاثين وإلى صاحب الثلث ستين وإلى صاحب السدس ثلاثين فحصل سهام الوصايا مائة وستة مثل ثلث المال. وأما عندهما يقسم على سهام العول والمضاربة فيضرب صاحب السيف بالسيف كله وذلك ستة، وصاحب الثلث بالثلث وذلك سهمان، وصاحب السدس بسدس السيف وذلك سهم فصار السيف على تسعة، ولما صار السيف وقيمته مائة على تسعة أسهم صار كل مائة من الخمسمائة على سبعة فيصير خمسة وأربعين، وإن أجازت الورثة فلصاحب الثلث ثلثه وذلك خمسة عشر ولصاحب السدس سدسه وذلك سبعة ونصف، فإن كسر السيف فأضعفه فصار سبعين وأضعف السيف وذلك تسعة فيصير ثمانية عشر فضم ذلك تسعون فصار جميع المال مائة وثمانية لصاحب الثلث خمسة عشر أضعفناه فصار له ثلاثون ولصاحب السدس سبع ونصف أضعفناه فصار خمسة عشر ولصاحب السيف تسعة أضعفناه صار ثمانية عشر لو زادت سهام الوصايا على الثلث فهي لهم إن أجازه الورثة، فإن لم يجيزوا يقسم الثلث بينهم على قدر أنصبائهم لا على قدر سهام الوصايا فيضرب كل واحد في الثلث بجميع حقه والوصايا سدس وثلث وسدس أيضاً لأن السيف سدس جميع المال لأن قيمته مائة وجميع المال ستمائة فيصير ثلث المال أربعة سدسان وثلث وذلك سهمان فيصير جميع المال اثني عشر سهماً لصاحب الثلث سهمان سدس في السيف وخمسة أسداسها في باقي المال فانكسر بالأسداس فاضرب أصل الفريضة وذلك اثني عشر في ستة فيصير اثنين وسبعين كان لصاحب السيف سهم في ستة فصار ستة كله في السيف وكان لصاحب الثلث سهمان ضربناهما في ستة صار اثني عشر سدسه في السيف وذلك سهمان والباقي في المال فكان لصاحب السدس سهم ضربته في ستة وهي له سهم في السيف وخمسة أسهم في باقي المال فبلغت سهام

ماله فالثلث بينهما أثلاثاً وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه بينهما نصفان ولا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث إلا في المحاباة

الوصايا أربعة وعشرين وذلك ثلث جميع المال.

قال رحمه الله: **(وإن أوصى لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما أثلاثاً)** معناه مع الوصية الأولى وهي الوصية بثلث ماله لأن كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعي فضاق الثلث عن حقهما إذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل السدس بينهما لأنه الأقل فصار ثلاثة أسهم لصاحب السدس واحد ولصاحب الثلث سهمان. قال رحمه الله: **(وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه بينهما نصفان)** وهذا عند أبي حنيفة. قال رحمه الله: **(ولا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة)** عنده، وعندهما الثلث بينهما أرباعاً بينهم سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع وقد بيناه فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لأن الموصي قصد شيئين: الاستحقاق والتفصيل. وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفصيل فيثبت كما في السعاية وأختيها. ولأبي حنيفة أن الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير مشروع عند عدم الإجازة من الورثة إذ لا يتصور نفاذها بحال فتبطل أصلاً ولا يعتبر الباطل والتفصيل ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع فتبطل ببطلان البيع بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة وأختيها لأن لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاصل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعاً، ولاحتمال أن يصل كل واحد منهم إلى جميع حقه بأن يظهر له مال فيخرج الكل من الثلث. وقال في الهداية: وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث، وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هناك الحق يتعلق بعين التركة بدليل أنها لو هلكت التركة واستفاد مالاً آخر تبطل الوصية، وفي الدارهم المرسلة لو هلكت الدراهم تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة وهذا ينتقض بالمحاباة فإنها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث. وقول المؤلف «إلا في المحاباة» أي في ثلاث مسائل: أحدها المحاباة، والثانية السعاية. والثالثة الدراهم المرسلة أي المطلقة. وعندهما الثلث بينهما أرباعاً سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لأن الوصية أخت الميراث والوارث يضرب بكل حقه في التركة فكذا هذا وبه قالت الثلاثة. وله أن الموصى له يضرب بما يستحقه وهو لا يستحق ما وراء الثلاث إلا بإجازة الورثة ولم توجد بخلاف الدراهم المرسلة وأختيها لأن لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعاً. صورة المحاباة أن

....

يكون عبدان قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع واحد منهما بمائة درهم لفلان ولآخر بمائة لفلان آخر فقد حصلت المحاباة لأحدهما بألف درهم والآخر بخمسمائة، فإن خرج ذلك من ثلث المال أو أجازت الورثة جاز ذلك. وإن لم يكن له مال غيرهما أو لم تجز الورثة جاز محاباتهما بقدر الثلث فيكون الثلث بينهما أثلاثاً يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا وجب أن لا يضرب الموصى له بألف على قياس قوله بأكثر من خمسمائة وستة وستين وثلثي درهم لأن عنده الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث وهذا ثلث ماله. صورة السعاية أن يوصي بعتق هذين العبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما، فإن أجازت الورثة يعتقان معاً، وإن لم تجز الورثة يعتقان من ثلث المال وثلث ماله ألف الثلث الذي قيمته ألف فيعتق منه هذا القدر مجاناً وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون والثلث الذي قيمته ألفان في ألف وخمسمائة ثلاثة أرباع قيمته لأنه حينئذ لا يضرب الذي قيمته ألفان إلا بألف فوجب أن يكون بينهما نصفان. صورة الدراهم المرسلة أن يوصي لأحدهما بألف ولآخر بألفين وثلث ماله ألف ولم تجز الورثة يكون الثلث بينهما أثلاثاً يضرب كل واحد منهما بقدر حصته فللموصى له بالألف ثلثه ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم، وللموصى له بألفين صفقة ستمائة وستة وستون وثلثا درهم، وكان قياس أصل أبي حنيفة أن يكون الألف بينهما نصفين؛ كذا في العيني.

قال في المبسوط: فصل في البيع في الثلث وهو على نوعين: بيع لا محاباة فيه، والثاني بيع فيه محاباة وإذا ترك عبداً لا غير وقيمته ألف وقد أوصى أن يباع من فلان بألف ثم أوصى به فهو على ثلاثة أوجه: أما إن أوصى بالعين أو بالمال أو بالثلث فإن أوصى به بعينه بعد ذلك أو قبله لآخر فلم تجز الورثة أو أجازت ولم يجز صاحبه فللموصى له بالرقبة سدس العبد ويباع ما بقي من الآخر بخمسة أسداس الألف فيكون للورثة. قيل هذا قولهما، وعند أبي حنيفة نصف سدس العبد للموصى له بالرقبة ويباع خمسة أسداسه ونصف سدسه من الآخر بقيمته فيكون للورثة فتخريجهما أن حقهما في الثلث قد استويا في حق الوصايا عندهما لأنه أوصى لكل واحد منهما بكل العبد لأحدهما بالبيع وللآخر بالرقبة فيجعل الثلث بينهما نصفين، وإذا صار الثلث على سهمين صار الكل على ستة أسهم يسلم للموصى له بالرقبة نصف الثلث وذلك سدس الكل ويباع الباقي من الموصى له بالبيع ويكون الثمن كله للورثة لا حق لصاحب الرقبة فيه لأن الوصية بالرقبة وصية بالعين ألا ترى أنه لو هلكت العين بعد موت الموصي بطلت الوصية. والتخريج لأبي حنيفة أن للموصى له بالرقبة جزءاً من اثني عشر جزءاً من الرقبة لأن وصية صاحب الرقبة فيما زاد على الثلث تبطل ضرباً واستحقاقا عنده فيضرب هو في الثلث بقدر الثلث وللموصى له بالبيع يضرب بجميع الرقبة وذلك ثلاثة

....

لأن شيئاً من وصيته لا يبطل بعد إجازة الورثة فصار الثلث على أربعة والعبد كله على اثني عشر سهماً يسلم لصاحب الرقبة سهم من ثلاثة وذلك جزء من اثني عشر جزءاً ويباع الباقي بأحد عشر جزءاً من الألف. وقيل المذكور في الكتاب قول الكل، وأن أجازوا ورضي بذلك صاحب البيع يضرب كل واحد بكمال وصيته فيقسم نصفين: نصفه لصاحب الرقبة ونصفه يباع من الآخر فيكون ثمنه بين الورثة لأن حقيهما قد استويا عند إجازة الورثة فتساويا ضرباً واستحقاقاً. وقيل عند أبي حنيفة على أربعة أوجه، والوجه الثاني: لو أوصى أن يباع العبد من رجل بألف وأوصى بجميع ماله لآخر فهذا كالمسألة الأولى في قول أبي حنيفة إلا أن صاحب الجميع يأخذ سدس الألف من الورثة من جملة الثمن مع أخذه من سدس الرقبة، وفي المسألة الأولى ليس له من الثمن شيء لأنه أوصى له بالمال هنا والثمن لمالك الرقبة فيجوز تنفيذ ثمنه في الثمن وهناك أوصى له بالعين وهي الرقبة والثمن غير فلا يمكن تكميل وصيته من الثمن، وإن أجازوا بيع نصف العبد ثم أخذ صاحب الجميع ثمنه فلا شيء للورثة. وقيل عند أبي حنيفة إن لم يجيزوا فمن اثني عشر كما في المسألة الأولى فهما مرا على أصلهما. وعلى قول أبي يوسف ينبغي أن يباع العبد كله من الموصى له بالبيع بألف ثم يعطي الموصي له بالمال ثلث الثمن لأن هذا أمكن تنفيذ الوصيتين لاختلاف محل حقهما لأن حق أحدهما في الرقبة وحق الآخر في مطلق المال والثمن مال كالرقبة فتنفذ كلاهما. لهما لما مات الموصى جاء أولاً تنفيذ الوصية ومحل ذلك ماله والرقبة ماله فتنفذ فيها ولا يجوز التأخير إذ في التأخير توهم الإبطال بهلاك الموصى به. والوجه الثالث: لو أوصى أن يباع من فلان بألف وأوصى بثلث ماله لآخر فقول محمد كقول أبي حنيفة في هذا يأخذ صاحب الثلث جزءاً من اثني عشر جزءاً من الرقبة ويباع الباقي من الموصى له بالبيع يأخذ أحد عشر جزءاً من الألف إلا أن صاحب الثلث يأخذ من الثمن تمام الثلث ثم موصى له بثلث ماله والثمن ماله. وعند أبي يوسف يباع الكل من الموصى له بالبيع ويعطي من الثلث الثمن إلى صاحبه. ولو أوصى بالعبد إلى رجل وقيمته ألف وأوصى أن يباع من آخر بمائة درهم فعند أبي حنيفة نصف السدس من العبد للموصى له به ويباع الباقي من صاحب البيع من ثلث قيمة العبد فيسلم للورثة لأن عنده يصير الثلث على أربعة أسهم لصاحب الرقبة ربع السدس وهو جزء من اثني عشر جزءاً ويباع الباقي من صاحب البيع بثلثي قيمة العبد بثلث قيمته وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان فيسلم ذلك للورثة لأنهما وصيتان وصية بالبيع ووصية بالمحاباة في الثمن لأن الوصية بالمحاباة إنما تنفذ من الثلث فينظر إلى ما بقي من الثلث بعد ما أخذ صاحب الرقبة وذلك ثلاثة أجزاء فيسلم ذلك المقدار له بما بقي وهو ثلث المال حق الورثة. وعنده الوصية بالمحاباة مقدمة على سائر الوصايا ولكن محاباة منفذة تثبت في ضمن عقد لازم لا يملك الموصي الرجوع عنها وهذا وصية بمحاباة غير منفذة.

....

وعند محمد لصاحب الرقبة سدس العبد ويباع الباقي بثلثي الألف لأن حقهما في الثلث على السواء فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه فيكون الثلث بينهما نصفين نصفه لصاحب الرقبة نصفه يباع من صاحب البيع بثلثي القيمة، فإن كان أوصى بجميع ماله لرجل وأن يباع من أخر بمائة ولم تجز الورثة فقياس قول أبي حنيفة أن يكون للموصى له جميع المال ثلث العبد ويباع ما بقي وهو أحد عشر جزءاً من اثني عشر جزءاً بمائتي سهم وثلث وبمائتي سهم وربع من أربعمائة أو سبعة عشر سهماً من قيمة العبد يأخذ الموصى له بالمال خمسة أسهم وربع سهم من الثمن تمام وصيته ومائتان وثمانية وسبعون للورثة. وعند محمد سدس العبد للموصى له بالمال ويباع خمسة أسداسه من الآخر سبعة وعشرين من اثنين وأربعين من قيمة العبد سهم للموصى له بالمال تمام وصيته وثمانية وعشرون للورثة، وهذه المسألة ملقبة بالعروس لحسن تخريجها ووضوح طريقها. أما تخريجها لمحمد أن حق الموصي في الثلث على السواء فيسلم للموصى له بالمال نصف الثلث وهو سدس العبد ويباع خمسة أسداسه من الآخر بسبعة وعشرين من اثنين وأربعين من قيمة العبد إذ هاتان وصيتان وصية بجميع المال ووصية بالمحاباة لصاحب البيع تسعمائة إلا أنه قد بطل من وصيته سدسه وذلك مائة وخمسون من تسعمائة لأن سدس الرقبة صار مستحقاً للموصى له بالمال بوصيته فبطلت فيه الوصية بالبيع والوصية بالمحاباة في ضمن الوصية بالبيع فتبطل ببطلانها ألا ترى أن الموصى له بالبيع لو قال لا أريد الشراء وأريد المحاباة لا يكون له ذلك فبقيت الوصية في سبعمائة وخمسين وهو يضرب بالثلث بهذا القدر في الآخر يضرب بجميع المال وذلك القدر لأنه وإن أخذ سدس المال وكفى ولكن يضرب بجميع المال لتيقن مقدار حقه فيحسب عليه ما أخذ من الرقبة وهو السدس ويعطى له ما بقي فصار حقه في أربعة أسهم وحق الموصى له بالبيع في ثلاثة أسهم كل سهم مائتان وخمسون فتكون جملته سبعة فصار الثلث على سبعة صار الكل أحداً وعشرين فحق صاحب المال أربعة وقد سلم له ثلاثة ونصف هو سدس العبد بقي له نصف سهم إلى تمام حقه وحق الورثة في أربعة عشر فظهر أن خمسة أسداس العبد تباع من صاحب البيع بأربعة عشر سهماً سهم تمام حقه فقد نفذنا وصية المحاباة في ثلاثة فتكون الجملة على سبعة والباقي للورثة وهو أربعة فاستقام الثلث والثلثان، ومحمد أخرجه على ضعف ذلك تحرزاً.
وأما تخريج أبي يوسف أنه يباع جميع العبد من الموصى له بالبيع بثمانية وأربعين سهماً من سبعة وخمسين سهماً من قيمة العبد لأنه اجتمع ها هنا وصيتان وصية بالألف ووصية بالمحاباة بتسعمائة فاجعل كل مائة سهماً فيصير حق أحدهما عشر وحق الآخر تسعة فتكون جملته تسعة عشر سهماً فهذا سهام الثلث فتكون الجملة سبعة وخمسين لصاحب المحاباة تسعة أسهم فيباع العبد بما بقي وذلك ثمانية وأربعون فيعطى لصاحب المال عشرة وللورثة ثمانية وثلاثين فاستقام الثلث والثلثان. وأما تخريج أبي حنيفة وهو أن هنا وصيتين وصية بالألف ووصية

والسعاية والدراهم المرسلة وبنصيب ابنه بطل وبمثل نصيب ابنه صح فإن كان له ابنان

بالمحاباة تسعمائة أن وصية الألف فيما زاد على الثلث تبطل ضرباً واستحقاقاً عند عدم إجازة الورثة فبقي حقه في ثلث الألف ويبطل من وصية المحاباة سهم وذلك خمسة وسبعون لأنه بطل الوصية بالبيع في نصف سدس الرقبة لاستحقاق الموصى بالمال لما بينا في حقه في ثمانمائة وخمسة وعشرين فخمسة وعشرون ربع ماله. وقد انكسر ذلك بالأرباع وحق صاحب المال في ثلث الألف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فقد انكسر بالأثلاث فاضرب ثلاثة في أربعة فيكن اثني عشر ثم اجعل كل مائة على اثني عشر كل سهم ثمانية دراهم وثلث درهم فصار حق صاحب المال أربعين سهماً وحق صاحب البيع تسعة وتسعين سهماً فيكون الثلث مائة وتسعة وثلاثين سهماً فيكون كل المال أربعمائة وسبعة عشر سهماً فحق صاحب المال أربعون سهماً وصل إليه من ذلك أربعة وثلاثون وثلاثة أرباع سهم لأنه وصل إليه من العبد نصف سدسه وذلك جزء من اثني عشر جزءاً فصار العبد على أربعمائة وأربعة عشر سهماً جزء من اثني عشر جزءاً منه يكون أربعة وثلاثين وثلاثة أرباع سهم بقي إلى تمام حقه خمسة أسهم وربع سهم وحق الورثة مائتان وثمانية وسبعون. وإذا أوصى أن يباع من الرجل بألف وهي قيمته ولآخر بثلث ماله قال أبو يوسف: لا شيء لصاحب الثلث من الرقبة ويباع العبد فيكون له ثلث ثمنه وقد ذكرنا هذا فيما أوصى لرجل بجميع ماله وقولهما في هذا معروف.

قال رحمه الله: **(وبنصيب ابنه بطل وبمثل نصيب ابنه صح)** أي الوصية بنصيب ابنه باطلة والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة. وقال زفر: كلتاهما صحيحة لأن الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به، ولأنه يجوز أنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه، فقوله أوصيت بنصيب ابني أي بمثل نصيبه ومثله شائع لغة قال الله تعالى ﴿واسأل القرية﴾ [يوسف: ٨٢] أي أهلها. ولنا أن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه لأن مثل الشيء غيره وإنما يجوز حذف المضاف إذا كان هناك ما يدل عليه كما في الآية لأن السؤال يدل على المسؤول وهو الأهل ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز. وفي الأصل: الوصية بنصيب الابن أو بمثل نصيب الابن إن لم تجز الورثة لم يجز أو يجز بعضهم. وقال محمد: رجل هلك وترك أماً وأباً وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت فالوصية من سبعة عشر منها الموصى له خمسة أسهم وللأم سهمان وللأب عشرة أسهم قال: ولو ترك ابناً فأوصى بنصيب ابن آخر لو كان وأجازت الورثة الوصية فالفريضة من خمسة عشر للموصي سبعة أسهم وللابن سبعة، وكذلك إذا أوصى بمثل نصيب ابنه لو كان الجواب كما قلنا. وفي شرح الطحاوي قال: ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه فهذا لا يخلو إما أن كان أوصى له بمثل نصيب ابنه أو بنصيب ابنه كان له ابن أو لم

....

يكن ابن أو ابنه، فلو كان وليس له ابن ولا ابنه فإنه تجوز الوصية، فإن كان أكثر من الثلث فيحتاج إلى إجازة الورثة، فإن كان ثلثاً أو أقل جازت من غير إجازة نحو ما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد صار موصياً له بنصف المال ولو كان له ابنان يكون بينهما نصفين كذلك ها هنا يكون المال بينهما نصفين نصف للابن ونصف للموصى له إن أجاز الابن، وإن لم يجز الابن فللموصى له الثلث، وإن كان له ابنان فإنه يكون للموصى له ثلث المال ولا يحتاج إلى الإجازة. ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنة واحدة فإنه يكون للموصى له نصف المال إن أجازت الابنة، وإن لم تجز فله الثلث. ولو كانت له ابنتان والمسألة بحالها فيكون للموصى له ثلث المال، ولو أوصى بنصيب ابن لو كان فالجواب فميه كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه.
قال: وإذا هلك الرجل وترك أخاً وأختاً وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان فأجاز فللموصى له جميع المال ولا شيء للأخ والأخت، ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان للموصى له نصف المال إن أجاز وإن لم يجز فللموصى له ثلث المال إن أجاز أو لم يجز. روى بشر عن أبي يوسف وفي الأمالي: هلك وترك ابنين وأوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بمثل نصيب أحد الابنين ولم تجز الورثة قال: الثلث بين الموصى لهما يضرب فيها صاحب النصف بنصف المال والآخر بتسع المال، فإن أجاز الابنان وصيتهما يأخذ صاحب النصف تمام النصف أربعة ونصفاً من تسعة وصاحب مثل النصيب يأخذ سهمين من تسعة ويبقى للابنين تسعان ونصف. ولو كان أوصى لرجل بنصيب أحد الابنين وأوصى لآخر بمثل نصيب الآخر وأجاز الابنان كان لهما نصف المال وللابنين النصف ولو لم يجيزا فالثلث بينهما نصفان، وإن أجاز أحدهما دون الآخر فللذي أجاز الربع اعتبار الوجود الإجازة وللذي لم يجز الثلث. قال: وإذا هلك الرجل وترك أباً وابناً وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه أو بنصيب ابن لو كان وأجاز فللموصى له خمسة من أحد عشر وللأب سهم وللابن خمسة، وإن لم يجيز فللموصى له الثلث أولاً والباقي بين الأب والابن أسداساً. وإن أجاز أحدهم دون الآخر وذكر في الكتاب أنه ينظر إلى حال الأجازة وحال عدم الإجازة فالفريضة عند الإجازة من أحد عشر للموصى له خمسة وعند عدم الإجازة الفريضة من تسعة للموصى له ثلثه فيضرب أحد الفريضتين في الأخرى فيصير تسعة وتسعين، فعند عدم الإجازة للموصى له الثلث ثلاثة وثلاثون وللأب سدس وما بقي أحد عشر وللابن خمسة من أحد عشر وللابن خمسة أسداس وما بقي خمسة وخمسون، وعند الإجازة للموصى له خمسة من أحد عشر مضروباً في تسعة فيكون خمسة وأربعين وللأب سهم مضروباً في تسعة فيكون تسعة فتفاوت ما بين الحالتين في حق الموصى له اثنا عشر سهماً من ذلك من نصيب الأب وذلك من تسعة إلى أحد عشر وعشرة من نصيب الابن وذلك من خمسة وأربعين إلى خمسة وخمسين، فإذا أجاز ولو قال أوصيت بثلث مالي للمسجد جاز عند محمد. وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا أن يقول ينفق على المسجد. وفي الخانية: ولو أوصى بثلث ماله للمسجد وعين المسجد أو لم يعين

....

فهي باطلة في قول أبي يوسف جائزة في قول محمد. ولو أوصى بأن ينفق ثلثه على المسجد جاز في قولهم. وفي النوازل: إذا أوصى لأرباب المسجد المعين وعمارته وفي ثمن آجر وجبس وغيره فيما احتيج إليه وما كان فيه مصلحة جاز، ولو بجنب هذا المسجد نهر يجري ماؤه بالمسجد ففسد النهر ولم يصل إلى المحلة جاز أن ينفقوا منها في ذلك عند تبين الضرر. وفي العيون عن محمد: إذا قال ثلث مالي للكعبة جاز ويعطى مساكين مكة، ولو قال لثغور فلان فالقياس أن يبطل، وفي الاستحسان يجوز.

الظهيرية: ولو قال لبيت المقدس جاز وينفق عليه. وفي سراجه: قيل هذا في عرفهم ولو أوصى بثلث ماله يسرج به في المسجد يجوز، ولو أوصى بثلث ماله للسراج لا يجوز وهو نظير ما لو أوصى بدرهم لشاة فلان أو بردون فلان فإنه لا يجوز. ولو أوصى بثلث ماله ليعلف به دواب فلان يجوز ونظيره لو أوصى بثلث ماله في أكفان فقراء المسلمين يجوز، ولو أوصى بثلث ماله لموتى الفقراء لا يجوز، فلو أوصى بمثل نصيب أحدهما وثلث أو ربع ما بقي ودرهم للآخر، وصورة المسألة: رجل مات وترك ثلاث بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم ودرهم وثلث وربع ما بقي من الثلث فيجعل ثلث المال سهاماً، ولو أحاط بالنصيب سهماً وبالدراهم سهماً لأنه متى كان في الوصية درهم يجعل لكل سهم درهم حتى يصير الحساب كله جنساً واحداً، فإذا ذهب اثنان من أربعة عشر يبقى اثنا عشر فأعط بالثلث سهمين وبربعه سبعة يبقى خمسة فأعط بالدرهم الأخر سهماً يبقى أربعة فهذه فاضلة عن سهام الوصايا ترد إلى الورثة فرده إلى ثلث المال فيصير أربعة وثلاثين وحاجتنا إلى ستة لأنا لو أعطينا بالنصيب سهمين فيجب أن يكون نصيب الابنين ستة والخطأ الثاني وقع بزيادة مائة وعشرين والأول بزيادة تسعة وعشرين فاضرب الثلث الأول في الثاني وهو ثمانية وعشرون يصير أربعمائة وخمسة وثلاثين، ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى ثلاثة وأربعون فهذا هو الثلث، وإذا اردت معرفة النصيب فاضرب النصيب الأول وهو سهم في المقطع الثاني وهو ثمانية وعشرون فيصير ثمانية وخمسين، ثم اطرح الأكثر من الأقل يبقى ثلاثون فظهر عند النصيب ثلاثون وثلث المال ثلاثة وأربعون فيعطى بالنصيب من الثلث ثلاثين يبقى ثلاثة عشر فيعطى بالدراهم سهم يبقى اثنا عشر سهماً فيعطى ثلث ما بقي وربعه سبعة بقي خمسة فيعطى من الدرهم الأخر سهم يبقى أربعة فرده الأربعة إلى ثلثي المال وبيان تعليله في المحيط. وأما لو أوصى بمثل نصيب الابن إلا ثلث ما بقي من الثلث صورتها: ترك ثلاث بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة تسعة وثلاثون والثلث ثلاثة عشر والنصيب بعد الابنين شبهة وبيان تخريجه في المحيط. وأما لو قال في المسألة المتقدمة إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية فأصل الفريضة ماذكرنا في الفصل الأول. وأما لو قال في صورة المسألة إلا ثلث ما بقي

فله الثلث والقياس أن يكون له النصف عند إجازة الورثة ويسهم أو جزء من ماله فالبيان إلى الورثة قال سدس مالي لفلان ثم قال ثلث مالي له له ثلث ماله وإن قال

مطلقاً قال عامة مشايخنا عن أبي يوسف والحسن بن زياد، يخرج كما خرجتا في الفصل الأول. قال محمد: يخرج على الفصل الثاني وما بمثل نصيب الابن الأمثل نصيب الآخر، فلو مات عن ابن واحد وأوصى لرجل بمثل نصيبه إلا بمثل نصيب آخر لو كان له الثلث أجاز الابن أو لم يجز، وإن ترك ابنين وأوصى بمثل نصيبه إلا مثل نصيب آخر لو كان له الثلث أجاز الابن أو لم يجز، وإن ترك ابنين وأوصى بمثل نصيب أحدهما لرجل إلا مثل نصيب الواحد لو كان أو أوصى لآخر بثلث ما يبقى من الثلث فالقسمة خمسة عشر سهمان لصاحب النصيب وسهم لصاحب ثلث ما يبقى ولكل ابن ست وتخريجه في المحيط. قال رحمه الله: **(فإن كان له ابنان فله الثلث والقياس أن يكون له النصف عند إجازة الورثة)** لأنه أوصى له بمثل نصيب ابنه لكل واحد منهما النصف. وجه الأول أنه قصد أن يجعله مثل ابنه إلا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه وذلك بأن يجعل الموصى له كأحدهم. قال رحمه الله: **(ويسهم أو جزء من ماله فالبيان إلى الورثة)** أي إذا أوصى بسهم أو جزء من ماله كان بيان ذلك إلى الورثة فيقال لهم اعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان إليهم بيانه. سوى هنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروي عن أبي حنيفة أن السهم عبارة عن السدس نقل ذلك عن ابن مسعود وعن إياس بن معاذ. وقال في الجامع الصغير: له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس. وقال في الأصل: له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أكثر من السدس فلا يزاد عليه جعل السهم يمنع النقصان. وذكر في الهداية أنه يمنع لزيادة ثم قال في تعليقه: إنه يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة لأن السهم يراد به نصيب أحد الورثة عرفاً لا سيما في الوصية فيصرف إليه وهذا في عرفهم، وأما في عرفنا فهو الذي ذكرناه أولاً. قوله «ويجزئ» قال صاحب التسهيل أقول: دلت هذه المسألة على أن أحداً لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره فمات مجهلاً تجبر ورثته على البيان، وكذا لو أقيم البينة على إقراره بمجهول ينبغي أن قبل وتجبر ورثته على البيان اهـ. ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت: ما ذكره قياس مع الفارق لأن الإقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الإقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له، فإذا فات الخبر في حياته بوفاته سقط سيما إذا كان بتقصير من المقر له فلم تنب عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير إلا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه، وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه أحياء لحق ثابت. قال رحمه الله: **(قال سدس مالي لفلان ثم قال ثلث مالي له له ثلث**

سدس مالي لفلان ثم قال سدس مالي له له السدس وإن أوصى بثلث دراهمه أو غنمه

ماله) لأن الثلث متضمن للسدس فيدخل فيه فلا يتناول أكثر من الثلث.

قال رحمه الله: **(وإن قال سدس مالي لفلان ثم قال سدس مالي له له السدس)** يعني سدساً واحداً سواء قال ذلك في مجلس واحد أو في مجلسين لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال والمعرف إذا أعيد معرفاً كان الثاني عين الأول وهكذا قال ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى ﴿فإن مع العسر يسرا إن مع العسر يسرا﴾ [الشرح: ٥ و٦] لن يغلب عسر يسرين وفي الهداية: ولو قال ثلث مالي لفلان وسدس مالي له وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه لأن الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة الثلث على الأول حتى يتم له السدس، ويحتمل أنه أراد به إيجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفاً وعند الاحتمال لا يثبت له إلا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلاً في السدس حملاً لكلامه على المتيقن؛ هذا هو المذكور في الشروح. قال بعض المتأخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال: هكذا قالوا وهذا كما ترى حمل الكلام على أحد محتمليه ولك أن تقول: لما كان الكلام محتملاً للمعنيين وكان القدر الثابت به يتعين على الاحتمالين الثلث قلنا ما يثبت به من الوصية لأن المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأولهما؛ إلى هنا كلامه. قال رحمه الله: **(وإن أوصى بثلث دراهمه أو غنمه وهلك ثلثاه له ما بقي)** أي إذا وصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه وهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي من الدراهم والغنم. وقال زفر: له ثلث ما بقي من ذلك النوع لأن كل واحد منهما شركة بينهما والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة ويبقى الباقي كذلك فصار كما إذا أوصى به أجناساً مختلفة. ولنا أن حق بعضهم يمكن جمعه في البعض الباقي فصار كما إذا أوصى بدرهم أو بعشرة دراهم أو بعشرة رؤوس من الغنم فهلك ذلك الجنس كله إلا القدر المسمى فإنه يأخذه إذا كان يخرج من ثلث بقية ماله بخلاف الأجناس المختلفة فإنه لا يمكن الجمع فيها جبراً فكذا تقديماً، والمال المشترك إنما يهلك الهالك منه على الشركة أن لو استوى الحقان، أما إذا كان أحدهما مقدماً على الآخر فالهالك يصرف إلى المؤخر كما إذا كان في التركة ديون ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة فإن الهالك يصرف إلى المؤخر وهو الوصية والإرث لأن الدين مقدم عليهما، وهنا الوصية مقدمة على الإرث لقوله تعالى ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ [النساء: ١٢] فيصرف الهلاك إلى الإرث تقديماً للوصية على وجه لا ينقص حق الورثة على الثلثين مع جميع التركة لأنه لا يسلم للموصى له شيء حتى يسلم للورثة ضعف ذلك. وكذا إذا هلك البعض في المضاربة يصرف الهلاك للربح لأن رأس المال مقدم على ما عرف في موضعه الأصل في هذا الباب أن يحتاج إلى معرفة الوصية المقيدة والمطلقة والعين والدين كما سبكه المؤلف وأنواع الوصية بهما وأحكامها. قال أبو يوسف: العين الدراهم والدنانير

. . . .

دون التبر والحلي والعروض والثياب الدين كل شيء يكون واجباً في الذمة من ذهب أو فضة أو حنطة ونحو ذلك لأن العين عند الإطلاق ينصرف للذهب والفضة المضروبين: وأما غيرهما فيسمى في اللغة عروضاً وسلعة وحلياً وصياغة.

وأما أنواع الوصية بهما فالوصية نوعان: مرسلة ومقيدة. فالمرسلة أن يوصي بجزء شائع من ماله نحو أن يوصي بثلث ماله وربعه، والمقيدة أن يوصي بثلث مال بعينه بأن يوصي بثلث دراهمه أو دنانيره أو بثلث الغنم فالوصية المقيدة حكمها أن يكون حقه مقدماً على حق الورثة وعلى حق الوصية المرسلة، ولو هلك شيء منها قبل القسمة يصرف الهلاك إلى الورثة لا إلى الموصى له حيث كانت الوصايا تخرج من ثلث مال الميت بأن كان له مال آخر يعطى للموصى له كل الموصى به لأنه قيدها بنوع من المال فتقيد بذلك النوع ولهذا لا يزداد حقه بزيادة مال الميت، وكذا لا ينقص بنقصانه لأن حقه لم يثبت شائعاً في جميع التركة فكان حقه مقدماً على حق الورثة لقوله تعالى ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ [النساء: ١٢] فصار الهلاك مصروفاً إلى المؤخر حقه لا إلى المقدم لأنه ما لم يفضل عن الوصية لا يصير حقاً للورثة وإنما حكم الوصية المرسلة فهو أن صاحبها بمنزلة واحد من الورثة لأن حقه ثبت شائعاً في جميع التركة حتى يزاد حقه بزيادة المال وينقص بنقصانه كحق الورثة فصارت التركة كالمشتركة بينه وبين الورثة فما توى من شيء من التركة يتوى على الشركة، وما بقس يبقى على الشركة فكان وراثاً حكماً ومعنى وموصى له اسماً والعبرة للحكم والمعنى، ولهذا لو اجتمع في التركة وصية مقيدة ووصية مرسلة تقدم الوصية المقيدة ثم تقاسم الوصية المرسلة مع الورثة على قدر حقوقهم. وأما ما يتعلق بمسائل الهلاك والاستحقاق فلو أوصى لرجل بثلث ماله فما هلك أو استحق فهو على الحقين لأن الوصية مطلقة مرسلة لأنه أضاف الوصية إلى جميع ماله على العموم والشيوع فيكون له ثلث كل شيء من ماله فكان شريكاً في التركة بمنزلة أحد الورثة فما هلك يهلك على الشركة، فإن أوصى بثلث الدراهم وثلث الدنانير ثم هلك عشرون ديناراً بعد موت الموصى أو قبل موته كان له ثلث ما بقي نصفه من الدراهم ونصفه من الدنانير لأن هذه وصية مقدمة لأنه أوصى له بثلث دراهمه ودنانيره فقد قيد الوصية بنوع مال مخصوص ولم يضفها إلى مال مرسل فكانت وصية مقيدة فتعلق بذلك المال بقاء وبطلاناً. ولو كان أوصى بسدس الدراهم وسدس الدنانير أخذ السدس كله من الباقي لأن الهلاك مصروف إلى حق الورثة فيبقى حق الموصى له في سدس جميع المال وذلك خمسة دنانير كما كان قبل الهلاك فكان له خمسة دنانير من العشرة الباقية إذ أصله ثلاثون وخمسون درهماً من الدنانير وكذلك الإبل والبقر على هذا. وإذا مات عن ألف وعبد قيمته ألف وأوصى أن يعتق عبده ولرجل بثلث ماله ولآخر بسدس ماله فالثلث بينهم على أحد عشر للعبد ستة ولصاحب الثلث أربعة ولآخر واحد ففي هذه المسألة يقسم على سبيل العول والمضاربة لا على

وهلك ثلثاه له ما بقي ولو رقيقاً أو ثياباً أو دوراً له ثلث ما بقي وبألف وله عين ودين

سبيل المنازعة بالإجماع لأن المنازعة لا تتحقق ههنا لأنه لا يجتمع في رقبة العبد وصيتان لأن حق الموصى له بالثلث في السعاية لا في الرقبة لأن الموصى له بثلث مال مطلقة بمنزلة أحد الورثة وحق الورثة في السعاية إذا كان العبد موصى بعتقه لأنهم لا يملكون العبد الموصى بعتقه وإن كان لا يخرج من الثلث لأنه معتق البعض ومعتق البعض لا يملك وكذلك الموصى له بالثلث مرسلاً. وإذا لم يثبت حقه في رقبة العبد فلا تنازع في العبد فيقسم على سبيل العول والمضاربة لا على سبيل المنازعة، والوجه فيه أن يحتاج إلى فريضة لها نصف وثلث وسدس لأن العبد موصى له بنصف ماله لأن ماله ألفان ألف وعبد قيمته ألف ولآخر ثلث ماله ولآخر سدس ماله وأقل حساب يخرج منه هذه السهام اثنا عشر فنصفه ستة وثلثه أربعة وسدسه سهم فيكون كله أحد عشر، فإذا صار الثلث على أحد عشر فصار الجميع ثلاثة وثلاثين فللعبد من ثلث المال ستة والعبد من جميع المال نصفه وذلك ستة عشر ونصف فيعتق منه ستة أجزاء ويسعى في عشرة ونصف سهم وللموصى له سدس جزء واحد من أحد عشر من الثلث ويبقى اثنان وعشرون ضعف ذلك للورثة فقد استقام الثلث والثلثان. ولو استحق نصف العبد وضاع نصف الألف فالثلث على ستة ثلاثة للعبد وسهمان لصاحب الثلث ومنهم لصاحب السدس لأنه لما استحق نصف العبد انتقصت نصف وصية العبد فبقيت وصيته في ثلاثة أسهم، ولما ضاع نصف الألف انتقص نصف وصية الموصى له بالثلث وهو سهمان لأنهما ضاعت عليه وعلى الورثة لأنه بمنزلة أحد الورثة ووصية صاحب السدس باقية على حالها في سهم واحد لأن وصيته مقيدة بألف فصار الهلاك مصروفاً إلى الورثة لأن وصيته تخرج من ثلث ماله إذا كان سدس الألف بعينها، فلما ضاع نصفها انقلب ثلثه سدس ما بقي لأن سدس الكل ثلث النصف، وإذا صار ثلث المال ستة صار الجميع ثمانية عشر ونصفه تسعة فيعتق من العبد ثلاثة أجزاء من تسعة ويسعى في ستة فيضم ذلك إلى النصف الآخر فيصير كله خمسة عشر للموصى له بالسدس سهم من تسعة من الخمسمائة الباقية يبقى أربعة عشر فيبقى المال على أربعة عشر سهمان لصاحب الثلث واثنا عشر للورثة. وخرج محمد على سبعة لأن بين نصيب صاحب الثلث وبين الورثة موافقة بالنصف فإن نصيب صاحب الثلث سهمان ونصيب الورثة اثنا عشر وبين العبد والدين موافقة بالنصف فاختصر نصيب كل واحد على نصفه فصار سبعة.

قال رحمه الله: **(ولو رقيقاً أو ثياباً أو دوراً له ثلث ما بقي)** أي إذا أوصى بثلث رقيقه أو ثيابه أو بثلث دوره فهلك ثلثا ذلك وبقي الثلث وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله كان له ثلث الباقي كما قال زفر لأن الجنس مختلف فلا يمكن جمعه بخلاف الأول على ما بينا. قالوا: هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة، وإن كانت من جنس واحد فهي

فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إليه وإلا فثلث العين وكلما خرج شيء من الدين

بمنزلة الدراهم، وكذا كل مكيل أو موزون كالدراهم لما بينا. وقيل: هذا قول أبي حنيفة في الرقيق والدور لأنه لا يرى الجبر على المقاسمة فيهما. وقيل: هذا قول الكل لأن الجميع إنما يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد عندهما ولا يتحقق بدون القضاء بل يتعذر ولا قضاء هنا فلم يتحقق الجمع إجماعاً، والأشبه أن يكون على الخلاف لأن كل ما أمكن جمعه بدون القضاء أمكن جمعه تقديراً وهذا هو الفقه في هذا الباب ألا ترى أنه أمكن الجمع بدون القضاء عندهما فيما إذا كانت الوصية بثلث الدراهم أو الغنم على ما بينا. قال رحمه الله: **(وبألف وله عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إليه)** أي إذا أوصى بألف درهم وله عين ودين فإن خرج من ثلث العين دفع إليه لأن إيفاء حق كل واحد ممكن من غير بخس بأحد. قال في المبسوط: أصل المسألة متى كانت التركة بعضها قائم وبعضها غير قائم تقسم القائمة بين الورثة والموصى له على السهام التي تقسم لو كانت كلها قائمة اعتباراً للبعض بالكل، ثم ما أصاب المديون من العين القائمة من التركة جعل قصاصاً بما عليه إذا كان ما عليه مثل حقه في العين أو أكثر، فإن كان أقل فبقدره. وهذا إذا كانت التركة من جنس الدين، وإن كانت من خلاف جنسه بأن كانت عروضاً والدين دراهم أو دنانير فعن رواية الوصايا أنه يجعل نصيبه قصاصاً بما عليه وهو القياس. وفي رواية هذا الكتاب يحتبس عنه من العين حتى يوفي ما عليه استحساناً فإن لم يوف وطلب صاحب الدين من القاضي أن يبيع نصيبه ببيع القاضي ويقضى من ثمنه ديناً. ثم المسائل مشتملة على فصولا: فصل في الوصية بالسهام في العين والدين، وفصل في الوصية بالدراهم والسهام معينة، وفصل بالوصية بالدراهم والعروض. رجل مات وترك ابنين ومائة درهم عيناً ومائة دينار على أحد ابنيه وأوصى لرجل بالثل كان له نصف العين والنصف لغير المدين لأن العين تقسم بينهم أثلاثاً ثلثه للموصى له وثلثه لمن لا دين عليه وثلثه للدين إلا أن المدين لا يعطيه نصيبه لأن ما عليه أكثر مما له والتركة من جنس الدين فيحسب ما له قصاصاً بما عليه لأن ما عليه أكثر مما له والتركة من جنس الدين فإن ما يخص الابن المدين ذهب بحصته مما عليه ستة وستون وثلثان ويؤدي ثلاثة وثلاثين وثلث بين الابن غير المدين والموصى له نصفين لأن حقهما سيان. ولو أوصى بربع العين والدين كان له نصف العين لأن جميع مال الميت مائتا درهم للموصى له ربعه وذلك خمسون يبقى مائة وخمسون لكل ابن خمسة وسبعون إلا أنه لا يعطى للمدين شيء من العين بل يطرح عنه نصيبه من الدين لأنه لا فائدة في ذلك فيطرح مما عليه نصيبه وذلك خمسة وسبعون ويؤدي ما بقي عليه وهو خمسة وعشرون ويقسم ذلك مع المائة العين بين الموصى له وبين غير المدين على خمسة أسهم سهمان للموصى له وذلك خمسة وثلاثة أخماسه للابن الذي لا دين عليه ويبرأ المدين عن

له ثلثه حتى يستوفي الألف وبثلثه لزيد وعمرو وهو ميت فلزيد كله ولو قال بين زيد

مثلها، وفرق بين الوصية بخمس مطلق وبين الوصية بخمس مقيد، والفرق أن الوصية بالعين والدين وصية مقيدة والموصى له المقيد يضرب بجميع وصيته يوم الموت إذا كانت وصيته تخرج من ثلث ماله لما بينا وهذا وصيته تخرج من ثلث ماله لأن وصيته من العين والدين أربعون درهماً منهما وقد خرج من العين قدر وصيته وزيادة فيأخذ وصيته من العين وذلك أربعون. وأما الموصى له المطلق يضرب في المال بقدر عشر ماله في العين يوم القسمة لأن حقه في العين المطلق المرسل لا في العين فيكون له خمس المال المرسل وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث من العين. ولو أوصى لرجل بربع ماله ولآخر بثلث ماله كان نصف العين بينهما على ثمانية لصاحب الربع أربعة وأربعة لصاحب الثلث لأن أصل الفريضة من ثلاثة إذا لم تجز الورثة سهم الموصى له بقي سهمان بين الاثنين نصفين لكل واحد سهم لأن ما يصيب المدين من العين يطرح لأن ما عليه أكثر مما له، وأقسم المائة العين بين الابن غير المدين وبين الموصى لهما نصفين لكل واحد خمسون ويحسب للابن المدين ما عليه خمسون مثل ما حصل للابن غير الابن فصار العين من مال الميت حقيقة وحكماً مائة وخمسين مئة عين حقيقة وخمسون عين حكماً وهو قدر ما استوفاه الابن المدين وبقي على المدين خمسون ناوياً ما دام معتبراً فلا بد من مال الميت، ثم ما أصاب الموصى له من نصف العين يقسم بينهما على سبعة لأن أقل حساب له ثلث وربع اثنان عشر فحق الموصى له بالثلث في أربعة وحق الموصى له بالربع في ثلاثة فصار جميع ذلك سبعة، فاقسم الثلث على سبعة أربعة لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع فإن أيسر الابن المدين وقدر على الأداء اعتبر المال كله فيكون بين الورثة والموصى لهما أثلاثاً، ثم مال الموصى لهما بينهما على سبعة لأنه لما أيسرُ ظهر أن مال الميت كان مائتين فيكون ثلث ماله ستة وستين وثلاثين فيقسم دين الموصى لهما على سبعة كما وصفنا، وإذا كان له مائة درهم عيناً وديناً على امرأته ثم مات وترك امرأته وابنه وأوصى بثلث ماله لرجل قسم العين بين الابن والموصى له على أحد عشر للموصى له أربعة، فإن قدرت المرأة على الأداء كان للموصى له ثلث كل المال ستة وستون وثلثان وللمرأة ثمن الباقي ستة عشر وثلثان تؤدي الفضل، فإذا أدت قسم بين الابن والموصى له على أحد عشر.

قال رحمه الله: **(وإلا فثلث العين وكلما خرج شيء من الدين له ثلثه حتى يستوفي الألف)** أي إن لم يخرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له ثلث العين، ثم كلما أخرج شيء من الدين دفع إليه ثلثه حتى يستوفي حقه وهو الألف لأن الموصى له شريك الوارث في الحقيقة ألا ترى أنه لا يسلم له شيء حتى يسلم للورثة ضعفه وفي تخصيصه بالعين بخس في الورثة لأن العين مقدمة على الدين، ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال ولهذا لو

....

حلف أنه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء وباعتباره تتناوله الوصية فيعتدل النظر بقسمة كل واحد منهما من الدين والعين أثلاثاً، هذا إذا أوصى لواحد، فلو أوصى لاثنين قال في الأصل في الوصية بالدين والعين والثياب والمتاع والسلاح والذهب والفضة والحديد وما أشبه ذلك ذكر في فتاوى الفضل: إذا كان رجل أوصى بثلث ماله الدين لرجل والآخر بثلث ماله العين والعين والدين مائة اقتسما ثلث مائة العين نصفين، فإن خرج من الدين خمسون ضم إلى العين وكان ثلث جميع ذلك بينهما على خمسة أسهم. ولو أوصى بثلث العين لرجل وبثلث العين لرجل آخر والدين لآخر ولم يخرج من الدين شيء من الدين اقتسما ثلث ذلك خمسون درهماً بينهما أثلاثاً في قول أبي يوسف ومحمد، وأما على قول أبي حنيفة الثلث بينهما في هذه المسألة على خمسة أيضاً. وإذا كان لرجل مائة درهم عيناً ومائة درهم ديناً على أجنبي فأوصى الرجل بثلث ماله لرجل فإنه يأخذ ثلث العين. ذكر في فتاوى الفضل أن من أوصى بدين له على رجل أن يصرف على وجوه البر تعلقت الوصية بالدين، فإن وهب بعض الدين لمديونه بعد ذلك تبطل الوصية بقدر ما وهب كأنه رجوع عن وصيته بذلك القدر. قال البقالي: وتدخل الحنطة في الدين قال هو ويدخل في الوصية بالعين الدراهم والدنانير.

قال رحمه الله: **(وبثلثه لزيد وعمرو وهو ميت فلزيد كله)** أي إذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وعمرو ميت فالثلث كله لزيد لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يشارك الحي الذي هو أهل كما إذا أوصى لزيد وجدار. وعن أبي يوسف أنه إذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يوص للحي إلا بنصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية لعمرو لم تصح فكان راضياً بكل الثلث للحي. هذا إذا كان المزاحم معدوماً من الأصل، أما إذا خرج المزاحم بعد صحة الإيجاب يخرج بحصته ولا يسلم للآخر كل الثلث لأن الوصية صحت لهما وتثبت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة حق الآخر مثاله إذا قال ثلث مالي لفلان ولفلان ابن عبد الله إن مت وهو فقير فمات الموصي وفلان ابن عبد الله غني كان لفلان نصف الثلث، وكذا لو قال ثلث مالي لفلان إن كان عبد الله في البيت ولم يكن عبد الله في البيت كان لفلان نصف الثلث لأن بطلان استحقاقه لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في حق الآخر، ومتى لم يدخل في الوصية لفقد الأهلية كان الكل للآخر وقد قدمناه في بعض هذه المسائل. وفي الزيادات: أصله أن الوصية متى أضيفت إلى شخصين معينين إن كانا أهلاً للاستحقاق كان الثلث بينهما لأن الإيجاب لهما قد صح لوجود الأهلية فيهما عند الإيجاب، وإن انعدمت أهلية أحدهما عن الاستحقاق بالموت فتثبت المزاحمة في الإيجاب بسبب إيجاب النصف لكل واحد منهما كما لو أوصى بالثلث لأجنبي ولوارثة لم يكن للأجنبي إلا نصف الثلث وإن لم يثبت الاستحقاق

....

لصحة الإيجاب لهما لوجود الأهلية فيهما، وإن لم يكن أحدهما أهلاً للاستحقاق عند الإيجاب كان الثلث كله للأهل كما لو أوصى بالثلث لفلان ولحائط. ولو قال أوصيت بثلث مالي بين فلان وفلان وأحدهما ميت فنصف الثلث للآخر، وكذلك لو قال بين فلان وبين هذا وأشار إلى حائط ونحوه لأن كلمة «بين» تقتضي الاشتراك أو التنصيف ألا ترى أنه لو قال ثلث مالي بين فلان وفلان وسكت لم يكن له إلا نصف الثلث وكلمة«بين» ملفوظ سواء كانا حيين أو أحدهما حي والآخر ميت فكان الاشتراك بموجب اللفظ لا بحكم المزاحمة في المحل بخلاف ما لو قال ثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما ميت لأن الاشتراك والتنصيف هنا بحكم المزاحمة لا بموجب اللفظ لأن اللفظ يقتضي الإفراد بالكل لما بينا. ولو قال ثلث مالي لفلان ولعقبه ثم مات الموصي فالثلث كله لفلان والوصية لعقبه باطلة لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في الإيجاب لأن عقب فلان من يخلفه بعد موته فلا يتصور له عقب في حياته واستحقاقه الوصية حال حياة الموصى له والعقب معدوم والإيجاب للمعدوم لا يصح. ولو قال لفلان ولولد عبد الله فالثلث كله لفلان لأن الوصية لولد عبد الله إنما تتناول ولده عند موت الموصي لا عند الإيصاء لأنه أرسل الموصى له. ولو أرسل الموصى به فقال ثلث مالي لفلان فينصرف إلى ثلث ماله يوم موت الموصي لا يوم الوصية فكذلك الموصى له ولا ولد لعبد الله يوم موت الموصى فلا يصح إيجاب الوصية له فصار كأنه أوصى لفلان لا غير. وتحقيقه أن العين تعرف بالإشارة إليها لا بالصفة فلم يشترط الوصف لتناول الإيجاب وغيره والدين إنما يعرف بصفته وإنما يتناول الإيجاب إذا وجد فيه تلك الصفة عند موت الموصي فلم توجد الصفة فلم يتناوله الإيجاب فكان الثلث للآخر. وكذلك لو قال ثلث مالي لفلان إن مت وهو حر ولفلان بن فلان، فإن مات وهو حر فالثلث بينهما، وإن مات قبل موته كان للثاني النصف لا غير لما قلنا. ولو قال ثلث مالي لفلان ولمن افتقر من ولد فلان ثم مات الموصي وولد فلان كلهم أغنياء فالثلث كله لفلان لأنه ضم إلى فلان شخصاً موصوفاً بأنه فقير، وما أشار إلى العين فيكون مرسلاً لا معيناً فتتعين فيه حال الموت ولا وقت الإيصاء. وقوله «لمن افتقر» يتناول من احتاج بعد أن كان غنياً دون من كان فقيراً من الأصل لأن هذا اللفظ إنما يستعمل فيمن احتاج بعد الغناء وفي المبرة معه زيادة ثواب وقد ندب الشرع إليه لقوله عليه الصلاة والسلام «اكرموا ثلاثة عزيز قوم ذل وغنياً افتقر وعالماً بين جهال» فيجوز أن يكون للموصي قصد بالتخصيص هذه الزيادة. ولو أوصى لامرأته بأحد العبدين وللأجنبي بالآخر كان للأجنبي ثلثا عبده يبدأ به أربعة من ستة فصار كل عبد على ستة وكلاهما اثنا عشر وللمرأة ربع ما بقي من العبدين سهمان من ثمانية بالميراث سهم ونصف من عبدهما ونصف سهم من الأجنبي يبقى لهما من وصيتها أربعة ونصف ويبقى للأجنبي من وصيته اثنان فيضرب كل واحد بذلك في الستة الباقية، فإذا أردت تصحيح الفريضة جعلت كل عبد مائة وستة وخمسين سهماً لأن

وعمر ولزيد نصفه وبثلثه له ولا مال له له ثلث ما يملكه عند الموت وبثلثه لأمهات

الباقي للمرأة أربعة وللأجنبي سهمان فيكون ستة ونصفاً فانكسر بالنصف فأضعف ليزول الكسر فصار ثلاثة عشر، فإذا صار نصف المال على ثلاثة عشر صار الكل ستة وعشرين فاضرب أصل الحساب وذلك اثنا عشر في ستة وعشرين فيصير ثلاثمائة وخمسين يأخذ الموصى له مائة وأربعة والباقي للمرأة بوصيتها وميراثها لأن الأجنبي يأخذ أولاً ثلثي عبده وذلك مائة وأربعة اسهم تأخذ المرأة ربع ما بقي وذلك اثنان وخمسون بقي مائة وخمسة وستون سهماً يقسم بينهم على ثلاثة سهماً تسعة اسهم من ذلك وذلك ثلاثمائة وثمانية وأربعون للأجنبي من عبده الموصى به له، فإذا ضمت ذلك إلى مائة واربعة صار كله مائتين واثنين وخمسين. أصله أن الوصية للقاتل بمنزلة الوصية للوراث حتى لا تجوز إلا بإجازة الورثة عند أبي حنيفة، وعندهما لا تجوز أصلاً لما يأتي في بابه. وإذا أوصى بماله كله لقاتله ولا وراث له وبكله لأجنبي قيل للأجنبي ثلث المال والثلث للقاتل لأن ثلثي المال صار مستحقاً للأجنبي بوصية قوية والمستحق بالوصية القوية تبطل فيه الوصية الضعيفة ضرباً واستحقاقاً يبقى ثلث المال استوت وصيتهما فيه لأن وصيتهما فيما زاد على الثلث ضعيفة حتى لا تنفذ بالإجازة الوراث فإذا تساويا في الوصية تساوياً في القسمة.

. وإذا ماتت امرأة وتركت زوجها وأوصت لأجنبي بثلث مالها ولقاتلها بمالها للزوج ثلثاه والثلث الباقي بين الأجنبي والقاتل أثلاثاً؛ عند محمد للقاتل منه سهمان ويكون المال كله من تسعة للأجنبي أولاً ثلاثة وللزوج ثلاث للأجنبي سهم وللقاتل سهمان، وعند محمد الباقي بينهما نصفين لأن عنده القاتل لا يضرب بما صار مستحقاً للزوج بالميراث وإنما يضرب ما بقي وهو الثلث وللأجنبي كذلك فصار الثلث بينهما نصفين والقسمة من ستة للأجنبي النصف ثلاثة وللزوج سهمان وللقاتل سهم، وعند أبي يوسف لا تجوز الوصية للقاتل أبداً وإن لم يكن وارث وتبين أنها إذا لم يكن لها وارث غير الزوج جاز إقرارها لأن المانع من صحة إقرار المريض لوارثه حق سائر الورثة حتى لو صدقوه كان الإقرار صحيحاً وقد فقد المانع هذا لانعدام الوارث لها فصح إقرارها. وإذا قتلها زوجها وأجنبي عمداً ثم عفت عنهما فأوصت للأجنبي بنصف مالها جازت الوصية ولا ميراث للزوج لأنه قاتلها والقتل العمد يحرم عن الميراث فقد التحقت بمن لا وارث لها أصلاً فجازت الوصية للقاتل لأن المانع من جواز الوصية وجود الوارث ولا وارث لها ففقد المانع.

قال رحمه الله: **(ولو قال بين زيد وعمر ولزيد نصفه)** أي إذا قالت ثلث مالي بين زيد وعمرو وعمرو ميت كان لزيد نصف الثلث لأن كلمة «بين» توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما إذا قال لفلان وفلان فبان أحدهما ميتاً حيث يكون للحي كل الثلث لأن الجملة الأولى كلام يقتضي الاختصاص بالحكم لأن العطف يقتضي المشاركة في الحكم

....

المذكور والمذكور وصية بكل الثلث والتصنيف بكل المزاحمة، فإن زالت المزاحمة تكامل ألا ترى أن من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له جميع الثلث، ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كله بل نصفه ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ونبئهم إن الماء قسمة بينهم﴾ [القمر: ٢٨] اقتضى أن يكون النصف بدليل قوله تعالى ﴿لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾ [الشعراء: ١٥٥] قال رحمه الله: **(وبثلثه له ولا مال له له ثلث ما يملكه عند الموت)** لأن الوصية عقد الاستخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت، سواء اكتسبه بعد الوصية أو قبلها بعد أن لم يكن الموصى به عيناً أو عيناً معيناً، وأما إذا أوصى بعين أو بنوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته فتبطل الوصية لأنها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنماً أخرى أو عيناً أخرى بعد ذلك لا يتعلق حق الموصى له بذلك ولم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح لأنها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا إذا كانت بلفظ نوعه لأن المعتبر وجوده عند الموت لا غيره. ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى له قيمة شاة لأنه لما أضاف الشاة إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد في مطلق المال ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام «في خمس من الإبل السائمة شاة» وعين الشاة لم توجد في الإبل وإنما توجد في ماليتها. ولو أوصى بشاة ولم يضفها إلى ماله ولا غنم قيل لا تصح لأن المصحح إضافتها إلى المال وبدون الإضافة إلى المال تعتبر صورة الشاة ومعناها، وقيل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية. ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافها إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءاً من الغنم بخلاف ما إذا أضافها إلى المال، وعلى هذا رجل كل نوع من أنواع المال كالبقر والثوب ونحوها، اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسألة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية: واعلم أنه قال في الهداية «ولا غنم له» وقال في المتن «ولا شاة له» وبينهما فرق لأن الشاة فرد من الغنم وإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن إذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحدة لا كثير، فعبارة الهداية تتناول صورتين: ما إذا لم يكن له شاة أصلاً وما يكون له شاة لا غنم له في الصورتين تبطل الوصية، وعبارة المتن لم تتناول إلا الصورة الأولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية أشمل وأحوط أهـ كلامه. ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال في شرحه: إنما قال «ولا شاة» ولم يقل «ولا غنم له» كما قال صاحب الهداية لأن الشاة فرد من الغنم فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي فإن الحنطة اسم

أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين وأمهات أولاده ثلاث يقسم الثلث أخماساً فلهن ثلاثة أسهم ولكل طائفة من المساكين والفقراء سهم وبثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه

جنس لا اسم جمع اهـ. وقال في حاشيته: أخطأ هذا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين اهـ. وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه بعدما نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الأفاضل بما حاصله أن عبارة الوقاية هي الصواب وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية، وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع. قلت: بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس وإن بقي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لأن الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لأنه أوصى بشاة عن غنمه فإذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة إلى هنا كلامه.

قال رحمه الله: **(وبثلثه لأمهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين وأمهات أولاده ثلاث يقسم الثلث أخماساً فلهن ثلاثة أسهم ولكل طائفة من المساكين والفقراء سهم)** وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يقسم أسباعاً لأن المذكور لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان قال الله تعالى ﴿فإن كان له اخوة فلامه السدس﴾ [النساء: ١١] وقال ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين﴾ [النساء: ١١] الآية والمراد بالأثنتين اثنان فكان من كل طائفة اثنان وأمهات الأولاد ثلاثة فكان المجموع سبعة فيقسم أسباعاً. قلنا: اسم الجنس المحلى بالألف واللام يتناول الأدنى مع احتمال الكل كالمفرد المحلى بهما لأنه يراد بهما الجنس إذا لم يكن ثم معهود قال الله تعالى ﴿لا يحل لك النساء من بعد﴾ [الأحزاب: ٥٢] وقال الله تعالى ﴿وجعلنا من الماء كل شيء حي﴾ [الأنبياء: ٣٠] ولا يحتمل ما بينهما فتعين الأدنى لتعذر إرادة الكل، ولهذا لو حلف لا يشتري العبد يحنث بواحد فيتناول من كل فريق واحداً وأمهات الأولاد ثلاثة فتبلغ السهام خمسة وليس فيما تلي زيادة على ما ذكر لأن المذكور في الأثنين نكرة وكلامنا في المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكراً قلنا كمال قال: ثم هذه الوصية تكون لأمهات أولاده اللاتي يعتقن بموته دون اللاتي عتقن في حياته من أمهات الأولاد لأن الاسم لهن في العرف واللاتي عتقن حال حياته موال لا أمهات أولاده وإنما تصرف إليهن الوصية عند عدم أولئك لعدم من يكون أولى منهن بهذا الاسم، ولا يقال إن الوصية لمملوكه بماله لا تجوز لأن العبد لا يملك شيئاً وإنما يجوز له الوصية بالعتق أو برقبته لكونه عتقاً فوجب أن يكون لأمهات أولاده اللاتي يعتقن حال حياته لأنا نقول: القياس أن لا تجوز الوصية لهن لأنها لو جازت لهن لكنه حال تزول العتق بهن لكون العتق والتمليك معلقاً بالموت والتعليق يقع عليهن وهن إماء فكذا تملكهن يقع وهن إماء وهو لا يجوز إلا أنا جوزناه استحساناً لأن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصي لأن الظاهر

....

من حاله أن يقصد بإيصائه وصية صحيحة لإباطلة، والصحيحة هي المضافة إلى ما بعد عتقهن؛ كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح إلى الذخيرة، ولعل الإمام قاضيخان والإمام المحبوبي عن هذا فقالا: أما جواز الوصية لأمهات أولاده فلأن أو أن ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلاً عنهما. ثم قال في العناية: فإن قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولا يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالاً منه فكيف لم تصح لها الوصية قياساً؟ وأجيب بأن الوصية بثلث المال للعبد إنما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبة إعتاقاً وهو يصح منجزاً ومضافاً بخلاف أم الولد فإن الوصية ليست إعتاقاً لأنها تعتق بموت المولى وإن لم يكن ثمة وصية أصلاً. ولقائل أن يقول الوصية بثلث المال إما أن صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة، فإن كان الأول فلا وجه لنفي القياس، وإن كان الثاني فكذلك لأنها كالعبد الموصى له بثلث المال. والجواب أنها ليست كالعبد لأن عتقها لا بد وأن يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضاً توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل؛ إلى هنا لفظ العناية. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: ولو أوصى لأمهات أولاده بألف ولمواليه بألف وله أمهات أولاد عتقن في حياته ومواليات اعتبر كل فريق على حدة، ولو أوصى بثلث ماله لمواليه ولم يذكر أمهات الأولاد دخلت أمهات الأولاد في الوصية. وظاهر قوله «وهن ثلاثة» أنهن لو كن ثنتين يقسم المال على أربعة لهن. ولو أوصى لأولاد رسول الله ﷺ والعلوية والشيعة ومحب أولاد رسول الله ﷺ والفقهاء والعلماء أصحاب الحديث سئل الفقيه أبو جعفر عن رجل أوصى لأولاد رسول الله ﷺ فذكر أبو نصر بن يحيى كان يقول: الوصية لأولاد الحسن والحسين ولا يكون لغيرهما، فأما العلوية فهل يدخلون في هذه الوصية لأنه كان للحسن رضي الله عنه بنت زوجت من ولد عمر رضي الله عنهم. وإذا أوصى للعلوية فقد حكي عن الفقيه أبي جعفر أنه لا يجوز لأنهم لا يحصون وليس في هذا الاسم ما ينبئ عن الفقر والحاجة. ولو أوصى لفقهاء العلوية يجوز وعلى هذا الوصية للفقهاء لا تجوز، ولو أوصى لفقرائهم تجوز. وقد حكي عن بعض مشايخنا أن الوقف على معلم في المسجد يعلم الصبيان فيه يجوز لأن عامتهم الفقراء والفقراء فيهم الغالب فصار الحكم لغلبة الفقر كالمشروط. وقال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني: كان القاضي الإمام يقول على هذا القياس إذا أوصى لطلبة علم كورة أو لطلبة علم كذا يجوز. ولو أعطى الوصي واحداً من فقراء الطلبة أو من فقراء العلوية جاز عند أبي يوسف، وعند محمد لا يجوز إلا إذا صرف إلى اثنين منهم فصاعداً. وإذا أوصى للشيعة ومحبي آل محمد المقيمين ببلدة كذا فاعلم بأن في الحقيقة كل مسلم شيعة ومحب لآل رسول الله ﷺ ولا يصح في ديانتهم إلا ذلك، وأما ما وقع عليه ممن أراد به الموصي فمراده الذين ينصرفون بالميل إليهم وصاروا موسومين بذلك

ولهم نصفه وبمائة لرجل وبمائة لآخر فقال لآخر اشركتك معهما وإن قال لورثته

دون غيرهم فقد قبل الوصية باطلة، فأما إذا كانوا لا يحصون فيكون للفقراء استحساناً على قياس مسألة اليتامى. وقال الفقيه أبو جعفر: ولم يكن في بلدنا أحد يسمى فقيهاً غير أبي بكر الأعمش شيخنا وقد اختار أبو بكر الفارسي وبذل مالاً كثيراً لطلبة العلم حتى نادوه في مجلس أيها الفقيه. وإذا أوصى لأهل العلم ببلدة كذا فإنه يدخل فيه أهل الفقه وأهل الحديث ولا يدخل فيه من يتعلم الحكمة. وفي الخانية: وهل يدخل فيه من يتعلم الحكم؟ وهل يدخل فيه المتكلمون؟ لا ذكر فيه. وعن أبي القاسم: فعلى قياس هذه المسألة لا يدخل في الوصية المتكلمون. وإذا أوصى بثلث ماله لفقراء طلبه العلم من أصحاب الحديث الذين يختلفون إلى مدرسة منسوبة في كورة كذا لا يدخل متعلموا الفقه إذا لم يكونوا من جملة أصحاب الحديث ويتناول من يقرأ الأحاديث ويسمع ويكون في طلب ذلك، سواء كان شافعي المذهب أو حنفي المذهب أو غير ذلك، ومن كان شافعي المذهب إلا أنه لا يقرأ الأحاديث ولا يسمع ولا يكون في طلب ذلك لا يتناوله اسم أصحاب الحديث.

قال رحمه الله: **(وبثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه ولهم نصفه)** أي إذا أوصى بثلث ماله لزيد والمساكين كان لزيد النصف وللمساكين النصف وهذا عندهما، وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين وقد بينا مأخذ كل واحد من الفريقين. قال رحمه الله: **(وبمائة لرجل وبمائة لآخر فقال لآخر اشركتك معهما)** له ثلث ما لكل منهما وبأربعمائة له وبمائتين لآخر فقال لآخر أشركتك معهما له نصف ما لكل واحد منهما يعني إذا أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة. ولو أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم قال لآخر قد أشركتك معهما كان له نصف ما لكل واحد منهما لأن الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢] على المساواة وقد أمكن إثبات المساواة بين الكل في الأول لاستواء المالين فيأخذ هو من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ويأخذ من كل واحد منهما ثلثي المائة ولا يمكن المساواة بين الكل في الثانية لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين. ولو أوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية أخرى ثم قال لآخر أشركتك معهما، فإن كانت قيمة الجاريتين متفاوتة له نصف كل واحدة منهما بالإجماع، وإن كانت قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما، وعند أبي حنيفة له نصف كل واحدة منهما بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق فيكونان كجنسين مختلفين وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية. ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال لآخر أشركتك أو أدخلتك أو جعلتك معه فالثلث بينهما لما ذكرنا. قال صاحب العناية: وما ذكره المؤلف استحسان، والقياس له نصف كل مائة لأن لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الإطلاق قال

لفلان على دين فصدقوه فإنه يصدق إلى الثلث فإن أوصى بوصايا عزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لك صدقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث

الله تعالى ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢] وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة. وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وإنما ثبتت المساواة إذا لم يؤخذ من كل واحد منهما نصف المائة فعلم بهذا أنه شركة معهما جملة واحدة فلا يعتبر باشراكه إياه مع كل واحد منهما متفرقاً اهـ. قال رحمه الله: **(وإن قال لورثته لفلان على دين فصدقوه فإنه يصدق إلى الثلث)** وهذا استحسان، والقياس أن لا يصدق لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لا يحكم به إلا بالبيان. وقوله «فصدقوه» مخالف للشرع لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر جعله إقراراً مطلقاً فلا يعتبر فصار كمن قال كل من ادعى علي شيئاً فأعطوه فإنه باطل لكونه مخالفاً للشرع إلا أن يقول إن رأى الموصي أن يعطيه فحينئذ يجوز من الثلث. وجه الاستحسان أنا نعلم قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمته فيجعل وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال لهم إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء فهذه معتبرة فكذا هذا فيصدق إلى الثلث. قال رحمه الله: **(فإن أوصى بوصايا)** أي مع ذلك قوله: **(عزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لك صدقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فللوصايا)** أي لأصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين وإنما عزل الثلث والثلثان لأن الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم وقدمنا عزل المعلوم، وفي الإقرار فائدة أخرى وهي أن أحد الفريقين قد يكون أعرف بمقدار هذا الحق وما يتعلق به وربما يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم، فإذا أقر فقد علمنا أن في التركة ديناً شائعاً في جميع التركة فيؤمر أصحاب الوصايا والورثة ببيانه، فإذا بينوا شيئاً أخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به والورثة بثلثي ما أقروا به لأن إقرار كل فريق نافذ في حق نفسه فتلزمه بحصته، وإن ادعى المقر له أكثر من ذلك حلف كل فريق على نفي العلم لأنه تحليف على فعل الغير. قال الشارح قال العبد الضعيف الراجي عفو ربه الكريم: هذا مشكل من حيث إن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه. قال صاحب العناية: حاصله أنه تصرف يشبه الإقرار لفظاً ويشبه الوصية تنفيذاً فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث. وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين، وقد سبقه تاج الشريعة

فللوصايا ولأجنبي ووارثه له نصف الوصية وبطل وصيته للوارث وبثياب متفاوتة لثلاثة

إلى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه. أقول: فيه كلام وهو أن العمل بمجموع الشبهين إن كان أمراً واجباً فكيف يصلح ذلك تعليلاً كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعملوا بشبهة الإقرار في هذا التصرف إذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كما إذا قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الإقرار قط حيث لم يجعلوا له حكماً أصلاً في تلك الصورة، وإن لم يكن ذلك أمراً واجباً فكيف يصلح ذلك تعليلاً لجواب هذه المسألة في هذه الصورة؟ واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيه بحثاً فإنه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اهـ. وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت: بعد تسليم ذلك أن عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فتأمل اهـ.

قال رحمه الله: **(ولأجنبي ووارثه له نصف الوصية وبطل وصيته للوارث)** أي إذا أوصى لأجنبي ووارثه كان للأجنبي نصف الوصية وبطلت للوارث لأنه أوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل في الآخر بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا تصح، وبخلاف الوارث فإنه من أهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا. وعلى هذا إذا أوصى للقاتل والأجنبي، وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولأجنبي حيث لا تصح في حق الأجنبي أيضاً لأن الوصية إنشاء تصرف وهو تمليك مبتدأ لهما والشركة تثبت حكماً للتمليك فتصح في حق من يستحقه دون الآخر لأن بطلان التمليك لأحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الآخر. أما الاقرار بها اخباراً عن الكائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه إلى اثباته بدون هذا الوصف لأنه خلاف ما أخبر به ولا إلى اثبات هذا الوصف لأنه يصير الوارث فيه شريكاً ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر فلا يكون مفيداً. قال في النهاية قال التمرتاشي: هذا إذا تصادقا، أما إذا أنكر الأجنبي شركة الوارث أو أنكر الوارث شركة الأجنبي فإنه يصح إقراره في صحة الأجنبي عند محمد لأن الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في حقه ولا يبطل في حق الآخر، وعندهما يبطل في الكل لأن حق الوارث لم يتميز عن حق الأجنبي وإنما أوجبه مشتركاً بينهما كما بينا. وفي المبسوط: مسائله على فصول: أحدها في الوصية لأجنبي ولوارثه، والثاني في الوصية للأجنبي مع أحد الزوجين، والثالث في الوصية للأجنبي وللقاتل: والرابع في الوصية بالبيع من الوارث أو من الأجنبي. رجل أوصى لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية لأن الايصاء ابتداء إيجاب.

فضاع ثوب ولم يدر أي والوارث يقول لكل هلك حقك بطلت إلا أن يسلموا ما بقي

وقد أضيف إلى ما لا يملكه وإلى ما يملكه فيصح فيما لا يملكه ويبطل فيما لا يملكه، ولم يبطل هذا ببطلان الآخر لأن الشركة بينهما في حكم الايجاب وببطلان بعض الحكم لا يبطل الايجاب بخلاف ما لو أقر المريض لأجنبي ولوارثه في كلام واحد حيث يبطل الكل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الاشتراك هناك يخبر عنه لأن الإقرار اخبار عن كائن سابق والخبر بناء على المخبر به فكان المخبر به العلة والخبر بمنزلة الحكم للعلة، فإذا لم يثبت المخبر المخبر عنه وهو الاشتراك لم يثبت حكمه وهو الخبر. أصله أن الوارث إذا كان بحال لا يحوز جميع الميراث فالوصية بمقدار الثلث للأجنبي مقدمة في التنفيذ في حق هذا الوارث وفيما زاد على الثلث مؤخرة فإن الوصية بالثلث تقع نافذة من غير إجازة فكانت وصية قوية مستحكمة فتكون في التنفيذ مقدمة، والوصية بما زاد على الثلث واهية ضعيفة لأنها لا تجوز إلا بالإجازة لتعلق حق الورثة به فكانت مؤخرة عن حق الورثة لأن حقهم متأكد، فإذا وصل إلى الوارث حقه صار كمن لا وارث له فتنفذ وصيته فيه. والثاني أن من لا وارث له تصح وصيته بجميع المال الموجود المطلق وهي مالكيته وأهليته. امرأة ماتت عن زوج وأوصت بنصف مالها لأجنبي جاز للزوج الثلث وهو نصف الثلثين وللموصى له النصف يبقى سدس لبيت المال لأن وصية الأجنبي بقدر الثلث وصية مؤكدة فكانت في التنفيذ مقدمة فصار الثلث مستحقاً بالوصية فيبطل الإرث فيه فيبقى تركتها ثلثي المال فللزوج نصف ذلك وهو ثلث الكل يبقى ثلث آخر وليس له مستحق بالميراث فتنفذ فيه الوصية في ثلثه وذلك سدس فوصل إلى الموصى له نصف المال وبقي سدس لا وصية ولا وارث فيه فيصرف إلى بيت المال. وكذلك لو مات الرجل عن امرأته وأوصى بماله كله لأجنبي ولم تجز الوصية فللمرأة السدس وخمسة أسداسه للموصى له لأن الثلث صار مستحقاً بالوصية بقيت التركة بثلثي المال فللمرأة ربع ذلك والباقي للموصى له لأن الوصية مقدمة على بيت المال. ولو ماتت عن زوج وأوصت لقاتلها بالنصف يأخذ الزوج النصف أولاً وللقاتل النصف الآخر وهي وصية ضعيفة لأنه بمنزلة الوارث فيقدم الميراث عليها فيستحق الزوج أولاً نصف المال بالإرث والنصف الباقي فارغ عن حق الورثة فتنفذ الوصية فيه للقاتل كما تنفذ الوصية للقاتل في تركة من لا وارث له. ولو تركت عبدين قيمتهما سواء وأوصت بأحدهما لزوجها فله العبدان بالإرث والوصية لأنه مستحق لما فضل عن فرضه فيكون عارياً عن حق الغير فصحت الوصية لفقد المانع، أصله أن الوصية للوارث بالثلث بمنزلة الوصية للأجنبي بما زاد على الثلث حتى لا تنفذ كل واحدة منهما إلا بإجازة الورثة لأنها صادفت محلاً تعلق به حق بعض الورثة فيتوقف على اجازتهم.

قال رحمه الله: **(وبثياب متفاوتة لثلاثة فضاع ثوب ولم يدر أي والوارث يقول لكل هلك حقك بطلت)** أي إذا أوصى بثلاثة ثياب متفاوتة وهي جيد ووسط ورديء لثلاثة أنفار لكل

فلذي الجيد ثلثاه ولذى الرديء ثلثاه ولذي الوسط ثلث كل وببيت عين من دار

واحد منهم بثوب فضاع منها ثوب ولا يدرى أيهم والوارث يجحد ذلك بأن يقول لكل واحد منهم هلك حقك أو حق أحدكم ولا يدري من هو الهالك فلا أدفع إليكم شيئاً بطلت الوصية لأن المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصي فيبطل كما إذا أوصى لأحد الرجلين. وقول المؤلف «والوارث يقول إلى آخره» ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهما الثوب الذي هو حقك قد هلك أقول: في ظاهر تعبير المؤلف ههنا فساد لأن هلاك كل واحد منهم إنما يتصور فيما إذا ضاعت الأثواب الثلاثة معاً والغرض في وضع المسألة أن ضياع ثوب واحد منه غير معلوم بخصوصه فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك فإنه كذب ظاهر لا ينبغي أن يسمع أصلاً فضلاً عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبه، والأولى في التعبير ما ذكر في الجامع الصغير سيما للصدر الشهيد والإمام قاضيخان وهو أن المراد بجحود الوارث أن يقول حق واحد منكم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم إليكم شيئاً، والذي يمكن في توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى جحوده أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل أن يكون حقك فكأنه سامح في العبارة بناء على ظهور والمراد، ووافقه صاحب الكافي في هذه العبارة مع ظهور كمالها. قال رحمه الله: (**إلا أن يسلموا ما بقي**) أي إلا أن يسلم الورثة ما بقي من الثياب فحينئذ تصح الوصية لأنها كانت صحيحة في الأصل، وإنما بطلت بجهالة طارئة مانعة من التسليم فإذا سلموا الباقي زال المانع فعادت صحيحة كما كانت فتقسم بينهم قال رحمه الله: (**فلذي الجيد ثلثاه ولذى الرديء ثلثاه ولذي الوسط ثلث كل**) أي لصاحب الجيد ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الرديء يعطى ثلثا الثوب الرديء ولصاحب الوسط ثلث كل واحد منهما فيصيب كل واحد منهم ثلثا ثوب لأن الاثنين إذا قسما على ثلاثة أصحاب كل واحد منهما الثلثان، وإنما أعطى لصاحب الوسط ثلث كل واحد منهم وللآخرين الثلثين من ثوب واحد لأن صاحب الجيد لا حق له الرديء بيقين لأنه إنما يكون هو الرديء أو الوسط ولا حق له فيهما، واحتمل أن يكون حقه في الرديء بأن كان الهالك هو الجيد أو الوسط واحتمل أن يكون له فيه حق بأن يكون الهالك أجود، ويحتمل أن يكون في الرديء بأن يكون الهالك أردأ ويحتمل أن يكون له فيهما حق بأن كان الهالك هو الوسط، فإذا كان كذلك أعطى كل واحد منهم حقه من محل يحتمل أن يكون هو له لأن التسوية بإبطال حق كل واحد منهم إليه وهم في احتمال بقاء حقه وبطلانه سواء، وفيما قلنا إيصال حق كل واحد منهم بقدر الإمكان وتحصيل غرض الموصي من التفضيل فكان متعيناً. وفي العيون: إذا أوصى لرجل بثياب جيدة فله ما يلبس من الجباب والقمص

....

والأردية والطيلسان والسراويلات والأكسية ولا يكون له شيء من القلانس والخفاف والجوارب. وفي الخانية: فإن ذلك ليس من الثياب. وفي فتاوى الفضلي: قال بالفارسية حامه من هروشيد وبدرويشان وهيد فهذا في عرفنا يقع على جميع ثياب بدنه إلا الخف فإنه يبعد أن يراد بهذا اللفظ في عرفنا الخف ويدخل في الوصية بالثوب الديباج وغيره مما يلبس عادة من كساء أو فرو؛ هكذا ذكر في السير. ولا يدخل فيه البساط والستر، وكذا العمامة والقلنسوة ولا تدخل ذكره في السير. وقد قيل إذا كانت العمامة طويلة يجيء منها ثوب كامل تدخل تحت الوصية. وفي فتاوى أهل سمرقند: إذا أوصى بمتاع بدنه يدخل تحت الوصية القلنسوة والخف واللحاف والدثار والفراش لأنه يصون بهذه الأشياء بدنه عن الحر والبرد والأذى. وفي السير: إن اسم المتاع في العادة يقع على ما يلبسه الناس ويبسط وعلى هذا يدخل في الوصية بالمتاع الثياب والفراش والقمص. والستر هل يدخل فيها أولاً؟ فقد اختلف المشايخ أشار محمد في السير إلى أنه يدخل. وإذا أوصى لرجل بفرس بسلاحه سأل أبو يوسف أهو على سلاح الرجل أو على سلاح الفرس؟ قال: على سلاح الرجل. قال البقالي في فتاويه: وأدنى ما يكون من السلاح سيف وترس ورمح وقرص. ولو أوصى له بذهب أو فضة وللموصي سيف محلى بذهب أو فضة كانت الحلية له وبعد هذا ينظر: إن لم يكن في نزع الحلية ضرر فاحش ينزع الحلية من السيف وتعطى للموصى له، وإن كان في نزعها ضرر فاحش ينظر إلى قيمة الحلية وإلى قيمة السيف فإن كانت قيمة السيف أكثر تخير الورثة إن شاؤوا أعطوا الموصى له قيمة الحلية مصوغاً من خلاف جنسها وصار السيف مع الحلية لهم، وإن كانت قيمة الحلية أكثر يخير الموصى له إن شاء أعطى وأخذ السيف وإن شاء أخذ القيمة، وإن كانت قيمتها على السواء كان الخيار للورثة. ولو أوصى لرجل بفرو وللموصي جبة بطانتها ثوب فرو وظهارتها ثوب فرو كان للموصى له الثوب والآخر للورثة، ولو أوصى بجبة حرير وله جبة وبطانتها حرير دخلت تحت الوصية إن كانت الظهارة حريراً والبطانة حريراً كذلك الجواب، وإن كانت البطانة حريراً فلا شيء له. ولو أوصى له بحلي يدخل كل ما يطلق عليه اسم الحلي سواء كان مفصصاً بزمرد وياقوت أو لم يكن، ويكون جميع ذلك للموصي له. ولو أوصى له بذهب وله ثوب ديباج منسوج من ذهب فإن كان الذهب مثلاً الثوب مثل الغزل فليس له شيء إن كان الذهب فيه شيء جرى كان ذلك للموصى له، وما رواء ذلك للورثة فيباع الثوب ويقسم الثمن على قيمة الذهب، وما سواه فما أصاب الذهب فهو للموصى له. ولو أوصى له بحلي دخل تحتها الخاتم من الذهب، وهل يدخل تحتها الخاتم من الفضة؟ فإن كان من الخواتم التي تستعملها الرجال دون النساء لا يدخل. وهل يدخل فيه اللؤلؤ والياقوت والزبرجد؟ فإن كان مركباً في شيء من الذهب والفضة يدخل بالاتفاق، وإن لم يكن مركباً فعلى قول أبي حنيفة لا يدخل لأنه ليس بحلي، وعلى قولهما يدخل. أصل المسالة

مشتركة وقسم ووقع في حظه فهو للموصى له والامثل ذرعه والاقرار مثلها وبألف

إذا حلفت المرأة لا تلبس حلياً ولبست عقد اللؤلؤ لا يخالطه ذهب ولا فضة لا تحنث في يمينها عند أبي حنيفة، وعندهما تحنث، ولو لبست عقد لؤلؤ مركب من ذهب وفضة تحنث في يمينها بالإجماع. ولو أوصى له بحديد وله سرج ركاباه من حديد نزع الركابان وأعطيا للموصى له والباقي للورثة وفي المنتقى: إذا أعتق عبداً له وقال كسوته له فله خفاه وقلنسوته وقميصه وسراويله وإزاره ولا يدخل فيه منطقته ولا سيفه، وإن قال له متاعه دخل السيف والمنطقة أيضاً وهي وصية عبد الله بن المبارك لغلامه.

قال رحمه الله: **(وببيت عين من دار مشتركة وقسم ووقع في حظه فهو للموصى له والامثل ذرعه)** معناه إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإن الدار تقسم، فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له، وإن وقع في نصيب الآخر للموصى له مثل ذرع البيت، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد رحمه الله: له نصف البيت إن وقع في نصيب الموصي، وإن وقع في نصيب الآخر كان له مثل ذرع نصف البيت لأنه أوصى بملكه وبملك غيره لأن الدار كلها مشتركة فتنفذ في ملكه ويتوقف الباقي على إجازة صاحبه، ثم إذا ملكه بعد ذلك فالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم أصابه بالقسمة عين البيت كان للموصى له نصفه لأنه عين ما أوصى به، وإن وقع في نصيب صاحبه كان مثل نصف البيت لأنه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به كالجارية الموصى بها إذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بينا في مسائل الرجوع عن الوصية ولا تبطل بالقسمة. ولهما أنه إذا أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأنه يقصد الإيصاء بما يمكن الانتفاع به على الكمال ظاهراً وذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه، ومعنى المبادلة في القسمة تابع، وإنما المقصود الإقرار تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه. قال صاحب النهاية في بحث وهو أنه قال في كتاب القسمة والإقرار هو الظاهر في المكيلات والموزونات: ومعنى المبادلة هو ظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة؟ وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعاً كما ذكر ههنا لأن الجبر لا يجري في المبادلة، ويكون معنى قوله هناك «ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض» إذا لم تكن من جنس واحد وإلى هذا أشار بقوله وإنما الإقرار تكميلاً ولا تبطل الوصية إذا وقع البيت كله في نصيب شريكه،

....

ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع الموصى به فعلى اعتبار الإقرار صار كأن البيت كله في نصيب شريكه، ولو كانت مبادلة كله ملكه من الابتداء. وإذا وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان البيت جميعه من الذي وقع في نصيب الموصى لأنه عوضه ومراد الموصى من ذكر البيت تقديره به غير أنا نقول: يتعين البيت إذا وقع البيت في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتمليك، وإذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو نقول: إنه أراد التقدير على اعتبار وقوع البيت في نصيب شريكه وأراد التمليك على اعتبار وقوعه في نصيبه ولا يبعد أن يكون لكلام واحد جهتان باعتبارين ألا ترى أن لكلام واحد جهتين فيمن علق بأول ولد تلده أمته طلاق امرأته وعتق ذلك الولد فيتقيد في حق العتق بالولد الحي لا في حق الطلاق، ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على عشرة أسهم عند محمد تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة أذرع وهم بنصف الدار إلا نصف البيت الذي صار له وهم خمسة وأربعون ذراعاً ونصيب البيت من الدار خمسون ذراعاً فيجعل كل خمسة منها سهماً فصار عشرة أسهم، وعندهما تقسم على خمسة أسهم لأن الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة أذرع وهم بنصف كله إلا البيت الموصى به وهو أربعون ذراعاً فيجعل كل عشرة أذرع سهماً فصار المجموع خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة لهم. قال رحمه الله: **(والاقرار مثلها)** أي الإقرار ببيت معين من دار مشتركة مثل الوصية به حيث يؤمر بتسليم كله إن وقع البيت في نصيب المقر عندهما، وإن وقع في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله. وعند محمد يؤمر بتسليم النصف أو قدر النصف، وقيل محمد معهما في الإقرار. والفرق له على هذه الرواية أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقر بملك الغير لغيره ثم تملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكت بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية. قال في الأصل: الإقرار بالوصية من الوارث والشهادة عليها وإقرار الوارث بالدين والوديعة والشركة قال: وإذا أقر الوارث أن أباه أوصى بالثلث لفلان وشهدت الشهود أنه أوصى بالثلث لآخر كان الثلث كله للمشهود له ولا يكون للذي أقر له الوارث من الثلث شيء، ولا يضمن الوارث للمقر له شيئاً إذا هلك المال في يده قبل الدفع أو دفع إلى المشهود له بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء. قال: وإذا أقر الوارث أن أباه أوصى بالثلث لفلان ثم قال بعد ذلك بل أوصى به لفلان أو قال أوصى به لفلان لا بل لفلان فإنه يكون للأول في الوجهين جميعاً، ولا يضمن الوارث شيئاً للثاني إذا هلكت التركة في يده قبل الدفع للأول بقضاء، وإن دفع للأول بغير قضاء قاض صار ضامناً للثاني. ثم إن محمداً فرق بين هذا وبين الإقرار بالوديعة قال: إذا أقر الرجل أن هذا العبد وديعة لفلان ثم قال لا بل لفلان ودفع العبد إلى الأول بقضاء قاضٍ أو بغير قضاء فإنه يضمن للثاني قيمة العبد في الحالين، ومنها لو

عين من مال آخر فأجاز رب المال بعد موت الموصي ودفعه صح وله المنع بعد الاجازة

دفع الوارث الثلث إلى الأول بقضاء قاضٍ فإنه لا يضمن للثاني عندهم جميعاً. وهذا الذي ذكرنا كله إذا كان الإقرار للثاني منفصلاً عن الأول، فأما إذا كان متصلاً كان الثلث بينهما نصفين، ونظير هذا الإقرار بالوديعة لو أقر أن هذا العبد عنده وديعة لفلان وفلان أو قال وديعة عنده ولفلان آخر متصلاً كان العبد بينهما نصفين كأنه قال هذا العبد وديعة عندي لفلان ثم قال لا بل لفلان فإن العبد كله للأول فكذا هذا قال: وإذا أقر الوارث بوصية ألف درهم بعينها ثم أقر ذلك بعد بالثلث لآخر ثم رفع ذلك إلى القاضي فإنه يدفع الألف إلى الأول وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا أقر بالثلث لآخر ثم رفع ذلك إلى القاضي فإنه يدفع الألف إلى الأول، ثم أقر بعد ذلك للثاني، فإن الثلث كله يدفع للأول ولا يكون للثاني فيه شيء كذلك هذا الجواب فيما لو أقر بوصية بغير عينها والجواب فيما لو أقر بألف بعينها لأن الوصايا تنفذ من الثلث فصار الثلث كله مستحقاً للأول بالإقرار الأول، وكان الجواب فيما لو أقر بألف. قال محمد في الجامع في الرجل يموت ويترك وارثين وألفي درهم فيأخذ كل واحد منهما ألفاً فغاب أحدهما وأقر الحاضر لرجل أن الميت أوصى له بثلث أخذ المقر له من الحاضر ثلث ما في يده؛ فرق بين هذا وبين ما إذا أقر الحاضر بدين له فإنه يأخذ كل ذلك من نصيبه، وإن أقر أحدهما بوديعة بعينها وذلك في نصيبه وكذبه الآخر فإنه يؤخذ ذلك كله من المقر، وإن أقر بوديعة مجهولة يستوفي الكل من نصيبه. ولو أقرأ أحدهما بشركة بينه وبين الآخر وكذبه الآخر صح في نصيبه ويقسم ما في يده بين المقر والمقر له ولا يأخذ المقر له من الجاحد شيئاً لأن إقرار كل مقر يصح في حقه ولا يصح في حق غيره، ونظير هذا ما قالوا في رجل مات وترك بنتين وأقرت إحدى البنتين بأخ مجهول وكذبتها البنت الأخرى فإن الأخ المقر له يأخذ من نصيب البنت المقرة وفي الكافي: ابنان اقتسما تركه الأب ألفاً ثم أقر أحدهما الرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فالمقر يعطيه ثلث ما في يده استحساناً. وقال زفر: يعطيه نصف ما في يده قياساً، ولو كان البنون ثلاثة والتركة ثلاثة آلاف فاقتسموها فجاء رجل وادعى أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه واحد منهم فإنه يعطيه عند زفر ثلاثاً اخماس ما في يده، وعندنا يعطيه ثلث ما في يده. قال رحمه الله: **(وبألف عين من مال آخر فأجاز رب المال بعد موت الموصي ودفعه صح وله المنع بعد الاجازة)** أي إذا اوصى لرجل بألف درهم بعينها من مال غيره فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ودفعه إليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد الاجازة لأنه تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازة صاحبه، فإن أجاز كان منه هذا إبتداء تبرع فله أن يمتنع من التسليم كسائر التبرعات بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث أو للقاتل أو للوارث فأجازتها الورثة حيث لا يكون لهم أن يمنعوا من التسليم لأن الوصية

وصح اقرار أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه في ثلث نصيبه وبأمة فولدت بعد موته وخرجا من ثلثه فهما له وإلا أخذ منها ثم منه ولابنه الكافر أو الرقيق في مرضه فاسلم

في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه، وإنما امتنع لحق الورثة فإذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي على ما بيناه من قبل؛ كذا ذكر الشارح.

قال رحمه الله: **(وصح اقرار أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه في ثلث نصيبه)** معناه إذا قسم الابنان تركة أبيهما وهي ألف درهم مثلاً ثم أقر أحدهما لرجل أن أباه أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان، والقياس يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لإن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما إذا أقر أحدهما بأخ ثالث لهما، وهذا لأن ما أخذه المنكر كالهالك فيهلك عليهما. وجه الاستحسان إنه أقر له بثلث شائع في جميع التركة وهي في أيديهما فيكون مقراً له بثلث ما في يده وبثلث ما في يد أخيه فيقبل إقراره في حق نفسه ولا يقبل في حق أخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث ما في يده، ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده أدى إلى محظور وهو أن الابن الآخر ربما يقربه فيأخذ نصف ما في يده فيأخذ نصف التركة فيزداد نصيبه على الثلث وهو خلف. وقيدنا بالوصية ليحرز عن الدين قال بخلاف ما إذا أقر أحدهما بالدين على أبيهما حيث يأخذ صاحب الدين المقر له جميع ما في يد المقر حتى يستوفي دينه ولا شيء للمقر إن لم يفضل منه شيء لأن الدين مقدم على الميراث فيكون مقراً بتقديمه عليه فيقدم عليه ولا كذلك الوصية لأن الموصى له شريك للورثة فلا يأخذ شيئاً إلا إذا سلم للوارث ضعف ذلك ولا نسلم أنه أقر له بالمساواة بل أقر له بثلث التركة وإنما حصلت المساواة باتفاق الحال، ولهذا لو لم يكن له أخ فأقر له بالوصية لا يزيد حقه على الثلث ولو كان مقراً بالمساواة لمساواة حالة الانفراد أيضاً بخلاف ما إذا أقر بأخ ثالث وكذبه أخوه حيث يكون ما في يد المقر بينهما نصفين لأنه أقر له بالمساواة فيساويه مطلقاً، ولهذا لو كان وحده إيضاً ساواه فيكون ما أخذه المنكر هالكاً عليهما اهـ. كلام الشارح. وهذا حيث لا بينة، وأما إذا كان إقرار وبينة قال في المبسوط: أقر أن فلاناً أوصى لفلان بالثلث وقامت البينة لأخر يدفع إليه ولا يضمن الوارث شيئاً لأن الشهادة حجة على الكافة والإقرار حجة قاصرة على المقر وليس بحجة في حق المشهود له فثبتت وصية المشهود له في حق المقر له ولم تثبت وصية المقر له في حق المشهود له فيكون هو أولى باستحقاق الثلث من المقر له كما لو أقر ذو اليد بالدار لرجل وأقام الآخر البينة على أنها ملكه يقضى بها للمشهود له فكذا هذا.

قال رحمه الله: **(وبأمة فولدت بعد موته وخرجا من ثلثه فهما له وإلا أخذ منها ثم منه)** أي إذا أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً وكلاهما يخرجان من جميع الثلث فهما للموصى له لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تابع حين كان متصلاً بها،

. . . .

وعبارته صادقة بما إذا ولدت قبل القبول والقسمة، فلو قال فولدت بعدهما إلى آخره لكان أولى لأنها إذا ولدت قبل القسمة والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه دخل ولدها في الوصية فيكونان للموصى له، وإن لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث وأخذ ما يخصه من الأم أولاً، فإن فضل شيء أخذه من الولد وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما يعطى له الثلث منهما بالحصص. قال الشارح: وعبارة المؤلف صادقة بما إذا حدثت قبل القبول أو بعده. قال في المبسوط: أصله أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم الميت حتى إن الزيادة الحادثة قبل القسمة تعد من مال الميت حتى يقضي دينه وتنفذ وصاياه لأن الموصى له والورثة تتملك والوصية من جهة الميت فيعتبر بما لو ملك المال من غيره بالبيع أو بالنكاح، والزوائد الحادثة من المبيع والمهر قبل القبض حادثة على ملك المالك حتى يصير لها حصة من الثمن بالقبض لأن ما يملك يكون مبقى عل ملك المملك فكذا هذا. وظاهر قوله «قبل القسمة» أنها بعد القسمة ليست بمبقاة فتكون الزوائد للموصى له. ثم المسائل على فصلين: أحدهما في الزيادة والثاني في النقصان. والزيادة الحادثة من الموصى به كالولد والغلة والكسب والأرش بعد موت الموصي قبل قبول الموصى له الوصية يصير موصى بها حتى تعتبر من الثلث لأنها حدثت بعد انعقاد سبب الملك للموصى له في الأصل، فإذا حدثت بسبب الملك فيه إلى وقت الموت تدخل تحت الوصية كالمبيعة إذا ولدت في مدة الخيار واختار من له الخيار البيع فتصير الزيادة مبيعة حتى تصير لها حصة من الثمن، فأما إذا حدثت قبل الموصى له قبل القسمة هل يصير موصى بها؟ لم يذكره محمد وذكر القدوري أنه لا يصير موصى بها حتى كانت للموصى له من جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة لأن الزيادة حدثت بعد ملك الموصى له وبعد تأكد ملكه لأنه ملك الرقبة وتصرف فيه جميعاً فصار كالزيادة الحادثة من المبيعة بعد القبض. وقال مشايخنا: يصير موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث لأنها حدثت بعد الملك قبل تأكد الملك في الأصل لأن ملكه لم يتأكد ولم يتقرر بعد لأنه لو هلك ثلث التركة وصارت الحادثة بحيث لا تخرج من ثلث ماله يكون من الحادثة بقدر ثلث الباقي فصار كالزيادة الممهورة الحادثة قبل القبض تصير مهراً حتى تسقط بالطلاق قبل الدخول وقد ملكت الرقبة والتصرف جميعاً لأن ملكها غير متأكد قبل القبض حتى لو هلك هلك على الزوج لا عليها ثم الحق الكسب الولد في الوصية وفي البيع لم يلحقه بالولد لأن الكسب بدل المنفعة والمنفعة يجوز أن تملك بالوصية مقصوداً فكذلك بذلها أيضاً بخلاف البيع فلم يمكن أن يجعل الكسب مبيعاً مقصوداً بحكم الوارد بالبيع لأن القبض يرد عليه مقصوداً لهما أن الزيادة متى حدثت قبل القبض تصير موصى بها حكماً. ولأبي حنيفة أن الحادث قبل القبض صار مقصوداً لكنه تبعاً لا أصلاً، وهذا لبيان أنها كانت باقية على ملك الميت فلو تصرف فيه الوارث صح. قال فيه أيضاً: رجل له أمة قيمتها ثلاثمائة درهم ولا مال له غيرها

....

فأوصى بها لرجل ثم مات فباعها الوارث بغير محضر من الموصى له فولدت في يد المشتري ولداً قيمته ثلاثمائة درهم ثم جاء الموصى له فلم يجز الموصى له البيع سلم للمشتري ثلثي الجارية وثلثي الولد وللموصى له ثلث الجارية وثلث الولد لأن الجارية مشتركة بين الورثة بين الموصى له وبيع أحد الشريكين لا ينفذ إلا في نصيبه فنفذ البيع في حصة الورثة وهو ثلث الجارية ولم ينفذ في حصة الموصى له وهو ثلثها فسلم له ثلث الجارية والزيادة حدثت بعد نفاذ التصرف الذي حكم القسمة والقبض فيكون ثلثا الولد بعد نفاذ البيع نفذ على ملك المشتري فلا يعد من مال الميت، وثلثه حدث على ملك الميت فيكون ذلك من مال الميت فصار مال الميت يوم القسمة ثلثي الجارية قيمتها مائتا درهم، ولو كانت ازدادت في مدتها فصارت قيمتها ستمائة فثلثاها سالم للمشتري وثلثها للموصى له وثلث ثلثها للورثة لأن مال الميت أربعمائة لأن البيع نافذ في ثلثي الجارية فحدثت ثلثا الزيادة على ملك المشتري فبقي مال الميت قيمتها ثلاثمائة وثلث الزيادة قيمته مائة فصار مال الميت قيمته أربعمائة فيكون ثلثها للموصى له وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث وثلاثمائة من أصل الجارية وثلاثة وثلاثون من الزيادة لأن قيمة ثلثي الجارية مائتان فيكون ثلثها مائة وثلاثة وثلاثين وثلث ثلثها للورثة ستة وثلاثون وثلث. ولو أن الجارية نقصت حتى صارت تساوي مائة أخذ الموصى له ثلثها ويرجع على الورثة من قيمتها بأربعة وأربعين وأربعة أتساع درهم تمام ثلث المال لأن الجارية مشتركة بين المشتري والموصى له ثلثاها للمشتري وثلثها للموصى له، فما ضاع على الحصتين وما بقي بقي على الحصتين فللموصى له ثلث الجارية قيمته ثلاثة وثلاثون وثلث لأن المال وحق الموصى له يعتبر يوم القسمة وقد انتقص من قيمة الجارية ثلثاها فذهب ثلثا حقه، وقيمتها في حق الورثة تعتبر يوم البيع لأنه استهلكها الوارث بالبيع فتعتبر قيمتها يوم الاستهلاك، ويوم البيع كانت قيمة ثلثي الجارية مائتي درهم فصار مال الميت مائتين وثلاثة وثلاثين وثلث فللموصى له ثلث ذلك وهو سبعة وسبعون وسبعة أتساع درهم قبل الورثة ولم يجعل للموصي أن ينقض البيع فيما بقي من حقه لأنه يؤدي إلى الدور لأن ما نقص فيه كأنه لم يبعه الورثة، وإذا هلك شيء منه هلك من مال الميت فيحتاج إلى أن ينقص وصيته عن ذلك، وإذا انتقصت بعد البيع بقدر ما انتقصت وصيته، فإذا نفذ البيع عاد حق الموصى له واحتجت إلى النقص فيؤدي إلى ما لا يتناهى وسهم الدور ساقط فلم يكن حق البعض في الابتداء كيلا يؤدي إلى الدور. رجل أوصى لرجل بشاة من غنمه وقد لحقت الأولاد بالإمهات بعد موته فللورثة أن يعطوه شاة بدون ولدها، وإن قال شاة من غنمي سلموا معها ولدها وما حلب من لبنها وجزء من صوفها إن كان قائماً وما كان مستهلكاً من ذلك فلا يضمنونه لأن الوصية تناولت شاة من قطيع معين فتدخل زوائدها تحت الوصية، ولذلك لو أوصى بنخلة ولم يقل من نخلي هذه يعطونه نخلة دون ثمرتها، وإن قال من نخلي هذه وقد أثمرت بعد موته تبعها الثمر.

الابن أو أعتق قبل موت الأب ثم مات بطل كالهبة وإقراره والمقعد والمفلوج والأشل

هذا إذا أوصى بمعين، فلو أوصى بأحدهما قال فيه أيضاً: ولو أوصى بإحدى هاتين الأمتين فولدت إحداهما أعطاه الورثة أيتهما شاؤوا، فلو أعطوا التي ولدت تبعها ولدها، ولو قال قد أوصيت بجارية من جواري هؤلاء أو قال بشاة من غنمي هذه فولدت في حياة الموصي فأراد الورثة بعد موته أن يعطوه من الأولاد لم يكن لهم ذلك، وإن أعطوه جارية أو شاة أو نخلة تبعها ثمرها ولا يتبعها أولادها وثمرتها الحادثة قبل موت الموصي لأنه إنما وجب له ذلك بالوصية بعد الموت وبعد الموت الإيجاب لا يتناول الزوائد الحادثة قبل الموت، فإن هلكت الأمهات إلا واحدة بعد موت الموصي كان حقه في هذه الواحدة وإن لم يبق شيء من الأمهات دفعوا إليه الأموال. قال رحمه الله: **(ولابنه الكافر أو الرقيق في مرضه فاسلم الابن أو أعتق قبل موت الأب ثم مات بطل كالهبة وإقراره)** أي إذا أوصى لابنه الكافر أو لابنه الرقيق في مرضه فأسلم الابن أو عتق قبل موت الأب ثم مات من ذلك المرض بطلت الوصية له كما تبطل الهبة له والإقرار له بالدين، أما الوصية فلأن المعتبر فيها حالة الموت وهو وارث فيها فلا تجوز له والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف في موضعه، وأما الإقرار فإن كان الابن كافراً فلا إشكال فيه لأن الإقرار وقع لنفسه وهو وارث بسبب كان ثابتاً عند الإقرار وهو البنوة فيمتنع لما فيه من تهمة إيثار البعض فكان كالوصية فصار كما إذا كان له ابن وأقر لأخيه في مرضه ثم مات الابن قبل أبيه وورثه أخوه المقر له، فإن كان الإقرار له يكون باطلاً لما ذكرنا؛ كذا في هذا بخلاف ما إذا أقر لامرأة في مرضه ثم تزوجها حيث لا يبطل الإقرار لها لأنها صارت وارثة بسبب حادث والإقرار يلزمه بنفسه وهي أجنبية حال صدوره فيلزم لعدم المانع من ذلك ويعتبر من جميع المال بخلاف الوصية لها لأنها ايجاب عند الموت وهي وارثة فلهذا اتحد الحكم فيهما في الوصية وافترقا في الإقرار حتى كانت الزوجة قائمة عند الإقرار وهي غير وارثة، فإن كانت نصرانية أو أمة ثم أسلمت قبل موته أو أعتقت لا يصح الإقرار لها لقيام السبب حال صدوره. وإن كان الابن عبداً فإن كان عليه دين لا يصح إقراره له لأن الإقرار وقع له وهو وارث عند الموت فتبطل كالوصية، وإن لم يكن عليه دين صح الإقرار لأنه وقع للمولى إذا العبد لا يملك وقيل الهبة له جائزة لأنها تمليك في الحال وهو لا يملك فيقع للمولى وهو أجنبي فيجوز بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهو وارث عنده فيمتنع. وفي عامة الروايات هي في المرض كالوصية فيه لأنها وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق ولا تجوز بما زاد على الثلث، والمكاتب كالحر لأن الإقرار والهبة يقع له وهو وارث عند الموت فلا يجوز كالوصية، كذا ذكر الشارح. قال رحمه الله: **(والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إن تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال)** لأنه إذا

والمسلول إن تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال وإلا فمن الثلث.

باب العتق في المرض والوصية بالعتق

تحريره في مرضه ومحاباته وهبته وصية ولم يسع إن أجيز فإن حابا فحرر فهي أحق

تقادم العهد صار من طبعه كالعمى والعرج، وهذا لأن المانع من التصرف مرض الموت ومرض الموت لا يكون سبباً للموت غالباً وإنما يكون سبباً للموت إذا كان بحيث يزداد حالاً فحالاً إلى أن يكون آخره الموت وأما إذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سبباً آخره الموت كالعمى ونحوه ولهذا لا يستقل بالتداوي. قال رحمه الله: **(وإلا فمن الثلث)** أي إن لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث إذا كان صاحب فراش ومات منه في أيامه لأنه من ابتدائه يخاف منه الموت ولهدا يتداوى فيكون من مرض الموت، وإن صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث به حتى تعتبر تبرعاته من الثلث؛ كذا ذكر الشارح والله تعالى أعلم.

باب العتق في المرض والوصية بالعتق

لما كان الإعتاق في المرض من أنواع الوصية وكان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخرجه عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل. قال رحمه الله: **(تحريره في مرضه)** يعني يكون وصية فإن خرج من الثلث لا سعاية عليه وسيأتي حكم ذلك إن شاء الله تعالى. أطلق في كونه وصية فشمل ما إذا عجل البدل أو بعضه فمات السيد أو مات العبد قبل السيد وترك مالاً وما إذا أعتق على مال أو لا. قال في المبسوط: مسائله تشتمل على فصول: إحداها في تعجيل المعتق السعاية إلى مولاه، والثاني في ترك السعاية بعد موته، والثالث في تعجيل بعض السعاية في حياته وترك السعاية بعد موته. وإذا أعتق عبداً في مرضه قيمته ثلاثمائة فعجل العبد لمولاه مائتي درهم فأنفقها ثم مات ولا مال له غيرها يسعى في ثلثي المائة الباقية وسلم له ثلث المائة وهو حر لأن العتق في مرض الموت وصية في الوصايا يعتبر مال الميت يوم القسمة لا يوم الوصية والموت ومال الميت يوم القسمة مائة درهم لأنه لما عجل ثلثي السعاية في حياة المولى صح التعجيل لأنه عجل بعد وجود سبب الوجوب لأن السعاية تجب عليه بعد الموت لكن بالسبب السابق وهو العتق وتعجيل الحكم بعد وجود سبب الوجوب جائزة كتعجيل الزكاة وغيرها فصار المعجل ملكاً للمولى وقد أنفقها في حياته في حاجته والوصايا تنفذ عما يفضل عن حاجته الحالية، والفاضل عن حاجته يوم القسمة مائة درهم وقد أوصى للعبد بجميع المائة فيكون له ثلث المائة الباقية، ولو عجل قيمته كلها فأنفقها لم يسع في شيء لأنه أدى قيمة نفسه مرة بعد ما صار مكاتباً عند أبي حنيفة، وحراً

. . . .

مديوناً عندهما فلا يلزمه أخرى كالمكاتب الحقيقي إذا ادى بدل الكتابة مرة يعتق فكذا هذا. ولو عجل شيئاً واكتسب العبد ألف درهم ثم مات العبد وترك بنتاً ومولاه ثم مات السيد فللمولى من الألف خمسمائة وعشرون وسعاية العبد من ذلك أربعون وميراثه أربعمائة وثمانون والباقي للبنت، ولو عجل للمولى قيمته كلها فأنفقها المولى والمسألة بحالها فللبنت من تلك الألف ستمائة ولوارث المولى أربعمائة، ولو اكتسب العبد ومات عن ثلاثمائة وترك بنتاً وامرأة ثم مات المولى في مرضه فلورثة المولى من ذلك مائتان وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم وللبنت سبعة وخمسون درهماً وسبع دراهم وللمرأة أربعة عشر درهماً وسبع درهم. ولو ترك بنتين وامرأة ومولاه والمسألة بحالها قسمت الثلاثمائة على سبعة وستين للمولى من ذلك ثلاثة وأربعون سعاية وخمسة ميراثاً وللبنتين ستة عشر وللمرأة ثلاثة. وإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته ثلاثمائة ثم اكتسب العبد ثلاثمائة ثم مات وترك بنتاً ثم مات المولى وله أيضاً ثلاثمائة وصية فمن ذلك مائتان وأربعون للمولى من ذلك مائة وعشرون من إرثه وللبنت مائة وعشرون، وتخريجه لأبي حنيفة في المحيط. ولو عجل مائة إلى المولى فأكلها ثم مات وترك ثلاثمائة وبنتاً ومولاه فللمولى من ذلك مائة درهم بالسعاية ومائة بالميراث، ولو أعتق عبدين في المرض قيمة كل واحد منهما ثلاثمائة لا مال له غيرهما فمات أحدهما وترك ألف درهم اكتسبها بعد العتق ولا وارث له غير المولى سعى الحي في أربعين درهماً وكانت للمولى مع الألف الذي تركه الميت لأن ماله ألف وثلاثمائة متروكة عن الميت وثلاثمائة قيمة الحي. ولو أوصى بستمائة لما أعتق العبدين في مرضه وستمائة أكثر من ثلث ماله فإذا لم تجز الورثة يجعل ماله على ثلاثة أسهم، سهم للعبدين بالوصية بينهما نصفين فانكسر فأضعف فصار ستة للمولى أربعة للعبد سهمان وتخريجه يطلب في المحيط. قال الشارح: إن حكم التحرير حكم الوصية يعتبر من الثلث ومزاحمة أصحاب الوصايا في التصرف لا حقيقة الوصية.

قال رحمه الله: **(ومحاباته)** يعني في مرضه وصية تعتبر من الثلث. قال في المحيط: والمحاباة في المرض وصية. وأطلق المحاباة فشمل ما إذا كان في نكاح أو بيع: أصله أن الوصية عقد إرث صحيحة لأن منافع البضع عند الدخول متقومة. وإذا تزوج المريض امرأة على مائة درهم ولا مال له غيرها ومهر مثلها خمسون درهماً ثم ماتت المرأة ثم مات الزوج كان وصيتها ثلاثة وثلاثين درهماً وثلثاً. وتخريجه أن مال الزوج لما حابى به وهو خمسون وما ورث منها وذلك نصف مهر مثلها خمسة وعشرون فصار مال الزوج خمسة وسبعين، فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم سهم للمرأة يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر فأضعف فصار ستة سهمان للمرأة يعود سهم من نصيبها إلى الزوج بالميراث وهذا هو السهم الدائر فيطرح من نصيب الزوج يبقى له ثلاثة وللمرأة سهمان فيصير مال الزوج في الآخرة على خمسة وسبعين خمساها للمرأة الثلث وذلك ثلاثون من خمسة وسبعين فلها ثلاثون درهماً بالوصية من مائة

....

ويرد عشرون على ورثة الزوج نقصاً للوصية بالمحاباة، ثم يضم ثلاثون إلى مهر مثلها وذلك خمسون فصار ثمانين للزوج نصفه وذلك أربعون وينقص أربعون، ثم ما أصاب الزوج من أربعين يضم إلى ما أخذه بنقص الوصية وذلك عشرون فصار له ستون وقد نفذنا الوصية في ثلاثين فاستقام الثلث والثلثان. وأما تخريج أبي يوسف أن مال الزوج لما حابى به وذلك خمسون فيكون لها ثلث المحاباة وذلك ستة وعشر وثلثان ولا يعتبر ماله بما يرث لما بينا في الباب المتقدم، ثم يضم ستة عشر وثلثين إلى مهر مثلها وذلك خمسون فيصير ستة وستين وثلثين للزوج نصف ذلك بالميراث وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فهذا مال استفاده الزوج بالميراث فيجعل على ثلاثة أسهم سهم للمرأة فيعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر فأضعف صار ستة للمرأة سهمان فيعود منها سهم إلى الزوج فهذا هو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى له ثلاثة وللمرأة سهمان وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث على خمسة خمساه للمرأة وذلك ثلاثة عشر وثلث درهم يضم ذلك إلى ستة عشر فصار ثلاثين. وأما تخريج محمد بأن للمرأة ثلث المحاباة وذلك ستة عشر وثلثان يضم ذلك إلى مهر مثلها وذلك خمسون فصار ستة وستين وثلثا درهم فيجعل ذلك على سهمين سهم للزوج فقد مات الزوج عن سهم للمرأة ثلث ذلك بالوصية فانكسر بالثلث فاضرب سهمين في ثلاثة فصار ستة للزوج ثلاثة وللمرأة سهم فصار المال وهو ستة وستون وثلثان على خمسة خمس ذلك للمرأة وذلك ثلاثة عشر وثلث يضم إلى ما أعطينا لها في الابتداء وذلك ستة عشر وثلثان فصار وصيتها ثلاثين. قال رحمه الله: **(وهبته وصية)** يعني حكمها حكم الوصية أي إذا وهب المريض في مرضه يكون حكمه حكم الوصية. أطلق في الهبة فشمل ما إذا عادت للمريض أو لم تعد وللأجنبي وللوارث. قال في المنتقى: وهب المريض لرجل أمة وقيمتها ثلاثمائة ولا مال له غيرها فباعها الموهوب له للواهب وهو صحيح بمائة درهم ولم يقبض المائة، ثم مات الواهب من مرضه والجارية تسلم لورثة الواهب ويأخذون من الموهوب له ثلاثة وثلاثين درهماً وثلثاً لأنه حين باعها إياه كان كأنه قد استملك الجارية وصارت قيمتها ديناً عليه وهي ثلثمائة فكانت هذه الثلاثمائة زيادة في مال الميت فصار ماله ستمائة إلا أن عليه دين مائة درهم فصار ماله الذي تجوز فيه وصيته خمسمائة درهم فللموهوب له ثلثها وذلك مائة وستة وستون وثلثان فيكون ذلك وصية له من قيمة الأمة يبقى عليه مائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقد كان له على الواهب مائة ديناً يبقى عليه ثلاثة وثلاثون وثلث. ولو وهب المريض أمة قيمتها ستمائة درهم فباعها الموهوب له من الواهب بمائتي درهم ثم ماتا جميعاً ولا مال لواحد منهما غيرها فإن الجارية تباع وتدفع المائتين إلى ورثته لأن الهبة قد نفذت من الثلث فينفذ بيعه من الواهب في الثلث لأن بيع المريض لا يجوز إلا بمثل قيمته وقيمته ثلثها مائة درهم فيرد ذلك القدر من ثمنها إلى تركة الموهوب له. مريض وهب عبده لرجل وعليه دين محيط بقيمته ولا مال له غيرها فأعتقه الموهوب له قبل

....

موت المريض جاز عتقه لأنه أعتق ما يملكه، وإن أعتقه بعد موته لم يجز عتقه لأنه تعلق حق الغريم به بيعاً واستيفاء وصار مستغرقاً بدينه فانقضت الهبة من الأصل وعاد إلى قديم ملكه فظهر أنه أعتق مالاً يملكه. قال محمد: مريض أقر لعبد رجل أنه ابنه ثم مات قال أبو يوسف: إن صدقه السيد في حياة المريض ورثه لأنه ثبت نسبه منه بتصادقهما، فإن صدقه بعد موته لا يرثه لأن إقراره قد بطل بموته. وذكر الحسن بن زياد عن أبي يوسف في مريض له ابن معروف وهو عبد لرجل فأقر المريض أن المولى قد أعتق ابنه قال إن صدقه في حياته ورثه إذا مات، وإن صدقه بعد موته لم يرثه لما بينا. ولو وهب أحد الزوجين لصاحبه في المرض أصله أن أجوبتهم لمسائل الباب متفقة وتخاريجهم لها مختلفة فأبو حنيفة اعتبر جميع مال الموصي في القسمة وطرح السهم الدائر من جملة المال لأن الدور يقع بسبب المال المستفاد بالميراث وأنه لو لم يرث منها شيئاً بأن كان عليها دين مستغرق لجميع ماله لم يقع الدور، ومحمد اعتبر القسمة في المال الموصى به وطرح السهم الدائر من المال المستفاد بالوصية لأن الدور يقع من ذلك فإنه لو لم يستفد شيئاً بالوصية بأن كان على الزوج دين مستغرق يقع الدور، والصحيح ما قاله أبو حنيفة لأن الوصية للمرأة والمرأة للزوج من وصيتها إنما توزع من مال الزوج لا من مالها فكان العمل من ماله فكان طرح السهم الدائر من نصيبه أولى.

ثم المسائل على فصول: أحدها في هبة الزوج لامرأته في مرضه، والثاني في هبته في مرضه لامرأته ووصيته لأجنبي، والثالث في هبة كل واحد من الزوجين لصاحبه. وإذا وهب لامرأته في مرضه مائة درهم لا مال له غيرها وماتت ومات وتركت عصبة للزوج لورثة الزوج ستون ببعض الهبة وجازت في أربعين للزوج من ذلك عشرة بميراثه ولعصبتها عشرون لأنها لما ماتت قبل موت الزوج صارت أجنبية ولم تبق وارثة قبل موت الزوج فصحت الهبة لها فلم تبطل الهبة لها، وإن كانت الهبة المنفذة وصية والوصية تبطل موت الموصى له قبل موت الموصي لأنها هبة حقيقية حتى ملكها الموهوب له في الحال وصية حكماً حتى تنفذ من الثلث والهبة لا تبطل بموت الموهوب له قبل موت الواهب بعد ما تمت بالقبض، وباعتبار أنها وصية تنفذ من الثلث عملاً بالشبهين ولا يجوز إبطالها بالشك بعد صحتها. ثم تخريجه لأبي حنيفة وهو أن جميع المال للزوج المائة الموهوبة فيجعل على ثلاثة أسهم لحاجتين لأجل الوصية للمرأة وذلك سهم وسهمان للزوج ماتت المرأة عن سهم فيكون ميراثاً بين زوجها وعصبتها نصفين وقد انكسر بالنصف فأضعف فصار ستة فصار للزوج أربعة ولها سهمان فيعود إلى الزوج سهم بالميراث منها وهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج فكان نصيبه أربعة فبقي له ثلاث، ولها سهمان فصار جميع مال الزوج على خمسة خمسا المائة وذلك أربعون لها بالوصية وللزوج ثلاثة أخماسها ستون، ثم يعود إلى الزوج نصف حصتها بالميراث فصار للزوج ثمانون ولعصبتها عشرون. وأما تخريج أبي يوسف وهو أن مال الزوج ما يرث منها لا

....

جميع ما وهب منها لأن هذه هبة منفذة ولهذا لا تبطل بموتها قبل موت الزوج فيعتبر بما لو وهبها في الصحة ثم ماتت والزوج وارثتها يعتبر مال الزوج ما ورث منها لا جميع الموهوب فكذا هذا، وقد ورث الزوج منها ستة عشر درهماً وثلثي درهم لأن لها ثلث المائة ثلاثة وثلاثين وثلث فيكون للزوج نصفه وذلك ستة عشر درهماً وثلثان، ثم لها خمسا ستة عشر بعد طرح السهم الدائر من الوجه الذي بينا وذلك ستة دراهم وثلثان يضم إلى ما أعطينا لها في الابتداء وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فصار لها أربعون، ثم يرث الزوج منها عشرين فيصير لورثة الزوج ثمانون. وأما تخريج محمد بأن لها ثلث المائة وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فيجعل ذلك المال على سهمين لحاجتك إلى النصف للزوج بالميراث فيكون لها ثلث ذلك السهم بالوصية فانكسر بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك سهمان في ثلاثة فصار ستة فاطرح السهم الدائر من جميع السهام فصار خمسة فلها خمسي ثلاثة وثلاثين وثلث وذلك ستة دراهم وثلثان فصار لها أربعون وللورثة ثمانون، ولو كان لها مائة أخرى والمسألة بحالها فإنه يرد إلى ورثة الزوج عشرون درهماً ببطلان الهبة وأربعون درهماً بالميراث وتخريجه أن مال الزوج مائتا درهم وخمسون درهماً وللمرأة بالوصية خمساً ذلك بعد طرح السهم الدائر وذلك مائة ثم يعود إلى الزوج نصفها بالميراث وذلك خمسون فصار للزوج مائتان وقد نفذنا الوصية في مائة فاستقام الثلث والثلثان. ولو كان للمرأة مائتا درهم ثم سوى ذلك ولا مال للزوج سوى ما وهب والمسألة بحالها جازت الهبة في ستين، وتخريجه أن مال الزوج يوم القسمة مائة وخمسون المائة الموهوبة وخمسون ميراثاً فيجعل ذلك على ثلاثة للمرأة سهم وللزوج سهمان، ثم سهم المرأة يصير ميراثاً بين زوجها وعصبتها فانكسر بالنصف فضعف فصار لها سهمان، ثم عاد إلى الزوج سهم بالميراث فصار في يد الزوج خمسة فالسهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الزوج بقي نصيبه ثلاثة وبقي حق المرأتين سهمين فصار مال الزوج على خمسة فلها خمساه وذلك ستون ويرد أربعون إلى الزوج فصار في يد الزوج تسعون ثم يعود نصف ما صار لها بالوصية إلى الزوج وذلك ثلاثون فصار للزوج مائة وعشرون وقد نفذت الوصية في ستين فاستقام الثلث والثلثان.

ولو كان على أحدهما دين قضى دينه أو لا ثم ما فضل ينفذ التبرع في ثلثه وهب لامرأته في مرضه مئة لا مال له غيرها وعليه دين خمسون ثم ماتت المرأة قبله أخذ رب الدين خمسين وجازت وصيتها في عشرين يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فيكون لورثة الزوج أربعون ولورثتها عشرة لأن الوصية تنفذ من المال الفارغ عن الدين وخمسون درهماً من مال الزوج مشغول بالدين فيجعل كالهالك ويعتبر ماله الفارغ وخمسون وقد أوصى بذلك كله فتنفذ الوصية من الثلث ولها خمسا خمسين بعد طرح السهم الدائر على ما بينا وذلك عشرون فلها عشرون بالوصية وترد ثلاثين على ورثة الزوج ثم يعود نصف ما صار لها بالوصية من الزوج

....

وبالميراث وذلك عشر فصار له أربعون وقد نفذنا الوصية في عشرين. ولو وهب لها ثمانين درهماً وكان عليها عشرة ديناً كانت وصيتها ثلاثين درهماً، وتخريجه أن مال الزوج خمسة وسبعون لأن دين المرأة نصفه على الزوج لأن قدر ما يصير للمرأة بالوصية كان ملكاً للزوج ويعود إلى ملكه بالميراث فصار كالقائم في ملكه لما عاد إليه مثله فكذا هذا، ونصف الدين من ذلك المال فكان نصف الدين على الزوج معنى واعتباراً وذلك خمسة والمشغول بالدين كالهالك في حق تنفيذ الوصية فيبقى مال الزوج خمسة وسبعين فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم، سهم لها يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر فأضعف ستة سهمان للمرأة وأربعة للزوج ثم يعود سهم من سهمي المرأة إلى الزوج بالميراث فيصير له خمسة فالسهم الخامس هو السهم الدائر فاطرح من نصيب الزوج فصار ماله على خمسة أسهم خمساه للمرأة وذلك ثلاثون يقضى من ذلك دينها عشرة يبقى عشرون فارغاً عن الدين والوصية فيعود نصف ذلك إلى الزوج بالميراث وذلك عشرة فصار لها ستون.

ولو وهب لها مائة وعليها عشرة دراهم والمسألة بحالها فلها ثمانون وثلثان بالوصية وتخريجه على ما ذكرنا. ولو وهب لها مائة درهم وأوصى لرجل بثلث ماله قسمت المائة على أحد عشر سهماً سهمان للمرأة وسهمان للموصى له وسبعة لورثة الزوج في قول أبي حنيفة، ثم يرث الزوج منهما سهماً فيكون لورثته ثمانية أسهم. وعلى قولهما تقسم على أحد وعشرين لها ستة وللموصى له سهمان ثم ترجع منها ثلاثة إلى الزوج بالإرث. وتخريجه لأبي حنيفة وهو أنه اجتمع في مال الزوج وصيتان وصية للمرأة ووصية للآخر بالثلث ولم تجز الورثة فيجعل ثلث المال بينهما نصفين لأن عنده الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث فصار كأنه أوصى كل واحد منهما بالثلث فيقسم على طريق العول لا على سبيل المنازعة لأن هذه الوصية بمعنى الميراث لأن حق كل واحد منهما شائع في كل التركة فاجعل ثلث المال على سهمين لحاجتك إلى النصف فصار حقه في سبعة وبقي حق الموصى لهما في أربعة كما كان فصار مال الزوج في الآخرة على أحد عشر ثم يعود سهم من سهام المرأة إلى الزوج بالميراث فيصير لورثة الزوج ثمانية وقد نفذنا الوصية في أربعة وبقي لعصبة المرأة سهم وللموصى له بالثلث سهمان. وأما تخريجهما أن من أصلهما أن الموصى له بالجميع يضرب في الثلث بجميع حقه والموصى له بالثلث فتضرب المرأة بثلاثة أسهم وللأجنبي بسهم فصار الثلث على أربعة وصار الجميع على اثني عشر لورثة الزوج ثمانية وللموصى لهما أربعة للمرأة من ذلك ستة وللأجنبي سهمان فقد ماتت المرأة عن سبعة فيعود نصفها إلى الزوج بالميراث وهو ثلاثة ونصف، وهذا مال استفاده الزوج لم تنفذ فيه الوصية فيصير بين الموصى لهما وبين ورثة الزوج فهي السهام الدائرة فاطرحها من نصيب الزوج ونصيبه ستة عشر بقي له ثلاثة عشر وللموصى له ثمانية فقد صار المال في الآخرة على أحد وعشرين للمرأة ستة يعود نصفها

وبعكسه استويا وإن أوصى أن يعتق عنه بهذه المائة عبداً فهلك منها درهم لم تنفذ وبعتق

إلى الزوج بالميراث فصار له ستة عشر، بقي للمرأة ثلاثة وللأجنبي سهم لأن عند محمد تطرح السهام الدائرة من جميع المال بقي أحد وعشرون فتقسم على نحو ما ذكرنا. ولو كانت هي التي أوصت بثلث مالها ولم يوص الزوج جازت الوصية في ثلاثة أسهم من ثمانية أسهم سهم من ذلك للموصى له وسهم يعود إلى الزوج بميراثه منها وسهم لورثتها. وتخريجه أن تجعل المال على ثلاثة أسهم سهم للمرأة بالوصية وقد انكسر هذا السهم بين ورثتها والموصى له على ثلاثة فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة فثلاثة بين الموصى له والزوج والعصبة على ثلاثة مستقيم لكل واحد سهم فقد عاد إلى الزوج سهم بالميراث وهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى للزوج خمسة وللمرأة ثلاثة فصار مال الزوج ثمانية، ثم يعود سهم مما صار لها إلى الزوج بالميراث فيصير لورثة الزوج ستة وقد نفذت الوصية في ثلاثة، ولو تركت ابنها وزوجها ولم يوص إلا لها بالهبة فالهبة في أربعة أسهم من أحد عشر سهماً، وتخريجه أن يجعل مال الزوج وذلك مائة على ثلاثة أسهم للمرأة ثلاثة انكسر على ورثتها بالربع فاضرب ثلاثة في أربعة فصار اثني عشر صار للمرأة أربعة وقد استقامت بين ورثتها فيعود سهم إلى الزوج بالميراث فهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى له سبعة وبقي حقها في أربعة فصار مال الزوج على أحد عشر فيعود سهم إلى الزوج بالميراث منها فصار له ثمانية وقد نفذنا الوصية في أربعة فصار مال الزوج على أحد عشر. امرأة وهبت لزوجها في مرضها مائة درهم ووهب لها في مرضه مائة درهم ولا مال لهما غيرهما ثم ماتا معاً لم يرث أحدهما من صاحبه ويجوز كل واحد منهما نصف الهبة لأنهما لما ماتا معاً لم يبق كل واحد وارثاً لصاحبه لأنه ميت وقت موت صاحبه فجازت الهبتان في النصف. وتخريجه أن مال الزوج يوم القسمة مائة وثلاثة وثلاثون. قال رحمه الله: **(ولم يسع أن أجيز)** أي إذا أجازت الورثة العتق في المرض فلا سعاية على المعتق لأن العتق في المرض وصية على ما بيناه وهو يجوز بإجازة الورثة فلا يلزمه شيء لأن المنع لحقهم فيسقط بالإجازة على ما بينا، هذا إذا لم يخرج من الثلث.

قال رحمه الله: **(فإن حابا فحرر فهي أحق وبعكسه استويا)** أي إذا حابا ثم أعتق فالمحاباة أولى، فإن أعتق ثم حابا فهما سواء وهو المراد بقوله «وبعكسه استويا». وأطلق في المحاباة فشمل الدارهم والدنانير والأجل والبيع والإقالة وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: هما سواء في المسألتين. والأصل فيهما أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فلكل واحد من أصحاب الوصايا أن يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح. سواء كان مطلقاً أو مقيداً. والمحاباة في المرض بخلاف ما إذا قال إذا مت فهو حر بعد موتي بيوم والمعنى فيه أن كل ما يكون منفذاً عقيب الموت من غير حاجة إلى التقييد فهو في المعنى أسبق مما يحتاج إلى تقييد بعد

....

الموت والترجيح يقع بالسبق لأن ما ينفذ بعد الموت من غير تنفيذ ينزل منزلة الديوان فإن صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه إذا ظفر بجنس حقه وفي هذه الأشياء يصير مستوفياً بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فكذا الحق الذي في معناه وغيرها من الوصايا قد تساوت في السبب والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق، فإذا ثبت هذا فهما يقولان إن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقدم في الذكر لأنه لا يوجب التقديم إلا إذا اتحد المستحق واستوت الحقوق على ما يجيء بيانه إن شاء الله تعالى. وأبو حنيفة يقول: أن المحاباة أقوى لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعاً بمعناها لا بصفتها حتى يأخذه الشفيع ويملكه العبد والصبي المأذون لهما. والإعتاق تبرع صيغة ومعنى فإذا وجدت المحاباة أولاً دفعت الأضعف وإذا وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضروراته المزاحمة، وعلى هذا قال أبو حنيفة: إذا حابى ثم أعتق ثم حابى يقسم الثلث بين المحابتين نصفين، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لأن العتق مقدم عليهما فيستويان. ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول وبين المحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني. ولا يقال إن أصحاب المحاباة تسترد ما أصاب العتق الذي بعده في المسألتين لكونه أولى منه لأنا نقول: لا يمكن ذلك لأنه لا يلزم منه الدور بيانه أن صاحب المحاباة الأول في المسألة الأولى لو استرد من العتق لكونه أول لاسترد منه صاحب المحاباة الثاني لاستوائهما ثم استرد العتق لأنه يساوي صاحب المحاباة الثاني. وفي المسألة الثانية لو استرد صاحب المحاباة وهكذا إلى ما لا يتناهى والسبيل في الدور قطعه، وعندهما العتق أولى من الكل. وفي المحيط: إذا أسلم الرجل في مرضه مائة درهم في عشرة أكرار حنطة تساوي مائة درهم ثم مات قبل حلوله، فإن شاء الذي عليه السلم يعجل ثلثي الطعام وكان عليه إلى أجله، وإن شاء رد عليهم رأس المال لأن المريض حابى بالأجل لأنه اشترى بمائة طعاماً يساوي مائة وأجله في جميع ماله وتأجيل المال بمعنى الوصية بجميع المال لأن الوارث يصير ممنوعاً من جميع المال إلى الأجل متى صحت بجميعه، وإن أبوا فالوصية تصح بقدر الثلث فيصح التأجيل بقدر الثلث وبطل في الثلثين، فإذا بطل الأجل في الثلث يخير المسلم إليه لأنه لزمه زيادة شيء لم يرض منه لأن المسلم إليه إنما رضي أن يكون جميع الطعام عليه مؤجلاً، فإذا لزمه تعجيل ثلثي الطعام والمعجل خير من المؤجل فقد لزمه زيادة شيء لم يرض به فيخير. ولو كان الطعام يساوي خمسين، فإن شاء عجل الطعام كله ورد سدس المال، وإن شاء فسخ ورد كل المال لأنه حابى بالثمن وبالأجل وقد تقدم اعتبار المحابتين جميعاً لأنه ينقسم ثلثا المال عليهما نصفين لأنه لو حابى بالثمن لا غير كان لصاحب المحاباة ثلث المائة، وكذلك لو حابى بالأجل كان له ثلث الطعام إلى أجله، فإذا صار نصف المال للمحابات كان بالثمن كان نصف ثلث الطعام إلى أجله، وإذا صار الثلث للمحابتين

....

جميعاً متى اختار المسلم إليه المضي في السلم أنه يرد ثلث رأس المال إلى رب السلم حتى ينقسم ثلث المال على المحابتين جميعاً ينقض السلم في الثلث، فإذا دخل الأجل وأدى المسلم إليه سدس الطعام ويسترد منه نصف الثلث من رأس المال لأنه بحلول الأجل ذهب بالمحاباة في الأجل وبقيت المحاباة في الثمن، ومتى استرد نصف الثلث تنقض الإقالة في السلم بعد استقرارها في رأس المال وأنه لا يجوز فلهذه الضرورة تعذر اعتبار المحاباة بالأجل مع المحاباة بالثمن فكان إلغاء المحاباة بالأجل أولى لأنه بيع، وإذا لغت المحاباة بالأجل صار كأنه حابى بالثمن لا غير فيخير. وإذا أسلم المريض عشرة دراهم في كر يساوي عشرين ثم أقاله ثم مات جازت الإقالة في ثلثي الكر ويقال للمسلم إليه أدَّ ثلث الكر ورد عليهم ثلثي رأس المال لأن المحاباة في مرض الموت وصية والوصية معتبرة في الثلث، ولو أسلم عشرة دراهم في كر يساوي ثلاثين درهماً وقد حابى بعشرين والعشرة من عشرين قدر نصفه، ولو أخذ منه رأس المال وأنفقه جازت الإقالة في ثلث الكر وبطلت في ثلثيه ويقال للمسلم إليه أدَّ إلى الورثة ثلثي الكر وارجع عليهم بثلثي العشرة لأن ثلث ماله مثل ثلث المحاباة لأن ماله يوم القسمة ستة دراهم وثلاثين وقد حاباه بعشرين فيكون ثلث ماله مثل ثلث المحاباة فتجوز الإقالة في ثلثي الكر وبطلت في ثلثه فرد المسلم إليه إلى الورثة ثلثي الكر وقيمته عشرون إلا أن على رب السلم ستة دراهم وثلاثين ديناً لأنه قبض عشرة دراهم من المسلم إليه رأس المال ثلثه بحق جواز في ثلثي الكر وثلثه بغير حق لبطلان الإقالة في ثلثي الكر وقد استهلكها فصار ذلك ديناً عليه. والإقالة قبل قبض السلم وبعده سواء عندهما، وعند أبي حنيفة هو بعد القبض ابتداء بيع لما عرف أن الإقالة فسخ عندهما، وعنده بيع جديد. وإذا اشترى في مرضه عبداً قيمته مائة بخمسين دهماً فلم يتقابضا حتى تقايلا البيع فالبائع بالخيار إن شاء رد العبد وأخذ ثمنه وبطلت الإقالة، وإن شاء سلم لهم ثلث العبد وأخذ منهم ثلث الخمسين لأن ثلث المال مثل ثلث المحاباة لأن ثلث المال المشتري ثلاثة وثلاثون وثلث لأن ماله عند قسمته مائة وقد حابى بخمسين فتجوز الإقالة في ثلثي العبد ولا تجوز في ثلثه، ثم يخير بين فسخ الإقالة وبين أن يجيزه أو لم يجيزه في السلم لأن الإقالة في البيع تحتمل الفسخ ما دام المعقود عليه قائماً، وفي السلم لا تحتمل الفسخ لأنه لا يمكن أن يجعل بيعاً مستقلاً لأن الاستدلال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز.

ولو أسلم عشرين درهماً في كر يساوي عشرة في مرضه وله على الناس ديون فلم يخرج حتى أبطل القاضي السلم أو أعطى الكل ورد سدس رأس المال ثم خرج الدين جاز ذلك ولم يرد على المسلم إليه شيء إلا أن يخرج الدين قبل أن يختصموا، فإن خرج مقدار ما يخرج المحاباة من الثلث سلم له المحاباة لأن المحاباة عشرة لأن ماله العين عشرون درهماً والدين لا يعد مال الميت ما لم يقض لأنه قد لا يخرج فيكون ثلث ماله ستة دراهم وثلثان فتصح المحاباة

....

بقدر ويتخير بين الفسخ والمضي لأن السلم يحتمل الفسخ وقد تعين على المسلم إليه شرط عقده فيتخير، فإذا أبى المسلم إليه الفسخ ونقض القاضي فإنه لا ينتقض النقض بعد ذلك، فإن زال السبب المقتضي للنقض وهو عدم خروج المحاباة من ثلث ماله لأن القضاء بالنقض لا يحتمل البطلان كما لو قضى بفسخ البيع بسبب العيب ثم زال العيب لا يعود البيع، وإن زال المقتضي للفسخ وهو العيب فكذا هذا، وإن خرج من الدين قبل النقض مقدار ما يخرج المحاباة من الثلث سلم له المحاباة لأن الدين بالقبض صار عيناً فيعتبر ماله يوم القسمة. وإذا أسلم إلى مريض عشرة دراهم في كر يساوي أربعين فأنفق رأس المال ثم مات ولا مال له غير الكر فرب السلم بالخيار إن شاء نقض السلم ورجع على الورثة بدراهمه، وإن شار أخذ الكر وأعطى عشرين درهماً لأنه تغير عليه شرط عقده، فإن رضي أن يسلم له جميع الكر بعشرة دراهم والآن لا يسلم له الجميع بعشرة وعقده مما لا يحتمل الفسخ فيتخير، فإن مضى في السلم أخذ جميع الكر ورد عشرين لأن المسلم إليه حاباه بقدر ثلاثين فإنه باع ما يساوي أربعين بعشرة والمحاباة أكثر من ثلث ماله فتنفذ الوصية من الثلث وجميع ماله بعد الدين ثلاثون لأن عشرة من الكر مشغول بالعشرة التي استهلكها المسلم إليه فالمشغول بالدين لا يعدل مال الميت لأن الدين مقدم على الوصية والفارغ من الدين قدر ثلثين فيكون له عشرة بالوصية ويرد عشراً على الورثة؛ هكذا ذكره الحاكم في مختصره. وذكر الفقيه أبو بكر البلخي في وجيزه أنه متى اختار المضي يأخذ نصف الكر ويترك النصف لأنه يكون لرب السلم نصف الكر قيمته عشرون عشرة منها تعوض ما قبض وهو رأس المال وعشره بغير عوض بالمحاباة وهو ثلث مال الميت والصحيح ما ذكر الحاكم لأن في هذا تبعيض على ورثة المسلم إليه بغير رضاهم وهذا لا يجوز كما في العبد والثوب الواحد، فإن كان على الميت دين يحيط بتركته لم تجز المحاباة في التركة لأن المحاباة في المرض وصية والوصية تنفذ من ثلث المال الفارغ عن الدين ولم يوجد. ولو أسلم إلى مريض عشرة في كر قيمته مائة فقبض رأس المال وأنفقه ومات وقد أوصى بثلث ماله، فإن شاء رب السلم نقض السلم وأخذ دراهمه ويجوز للآخر وصيته، وإن شاء أخذ الكر وأعطى الورثة ستين درهماً ولا شيء لصاحب الوصية في قول أبي حنيفة، وعندهما يتحاصان في الثلث يضرب فيه رب السلم بتسعين وصاحب الوصية بثلاثين وهو ثلث المال فيكون الثلث بينهما على أربعة فيأخذ رب السلم الكر ويؤدي سبعة وستين درهماً ونصف منها تسعة ربع الثلث لصاحب الوصية. وتخريجه أن عند أبي حنيفة المحاباة أولى من الوصية ومال الميت قيمته مائة إلا أن عشرة منها مشغولة بالدين فيبقى ماله الفارغ بين رب السلم والموصى له على أربعة لأن الوصية بالمحاباة وصية بجميع ماله وذلك تسعون والوصية الأخرى بالثلث وذلك ثلاثون فيقسم الثلث على سبيل العول عندهما على أربعة ثلاثة أرباعه لصاحب المحاباة وذلك ثلاث وعشرون ونصف وأربعة للموصى له

....

الآخر. وإذا كان للمريض على رجلين كر حنطة يساوي ثلاثين ورأس ماله عشرة وأقالهما ومات أحدهما غائب قيل للحاضر ردَّ ثلاثة أعشار نصف رأس المال وذلك درهم ونصف وأدِّ سبعة أعشار نصف الكر وذلك يساوي عشرة ونصف، فإذا قدم الغائب جازت الإقالة في نصف الكر فيؤدي القادم نصف رأس المال حصته درهم ونصف وربع الكر قيمته سبعة دراهم ونصف، وترد الورثة على الحاضر الطعام الذي أخذوه قدر ثلثه من عشرة ونصف ويأخذون منه درهماً من رأس المال والثلث على سهمين والجميع على ستة للغائب فيطرح نصيبه لأنه مستوفى وصيته بقي خمسة خمس للحاضر وأربعة للورثة فيكون للحاضر خمس ما عليه وعليه نصف كر قيمته خمسة عشر وخمس خمسة ثلاثة درهم فيكون له ثلاثة دراهم ثلاثة أعشار ثلث ماله فصحت الإقالة بقدر ثلاثة أعشار ثلث ماله فصحت الإقالة بقدر ثلاثة أعشار نصف الكر وذلك أربعة ونصف وبطلت في سبعة أعشار نصف الكر فيرد ذلك وقيمته عشرة ونصف إلا أن درهماً ونصفا العوض ما أدى من درهم من رأس المال وثلاثة محاباة. وإذا ظهرت وصية الحاضر ثلاثة درهم ظهر أن وصية الغائب مثل ذلك فقد نفذنا الوصية في ستة وأعطينا الورثة ضعفها اثني عشر فقد استقام الثلث والثلثان، وإذا حضر الغائب فقد صحت الإقالة في نصف الكر. رجل اشترى أبويه وأخاه في مرضه بثلاثة آلاف درهم وقيمتهم سواء ففي قياس قول أبي حنيفة تجوز الوصية بالعتق للأم والأخ والثلث بينهما وللأب ما بقي وتسعى الأم في نصف قيمتها والأخ في نصف قيمته. وقال محمد: الوصية كلها للأخ جائزة لأنه لا يرث بأن يعتق مع الأبوين ولا وصية للأم ولها الميراث مع الأب وتسعى فيما زاد على حصتها.

قال رحمه الله: **(وإن أوصى أن يعتق عنه بهذه المائة عبداً فهلك منها درهم لم تنفذ)** بخلاف الحج وهذا قول أبي حنيفة في العتق. وقالا: يعتق عنه بما بقي لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن قياساً على الوصية بالحج. وله أنه وصية بالعتق بعبد يشتري بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل، وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع إليه الباقي. وقيل: هذا الخلاف مبني على الخلاف في العتق هل هو حق الله تعالى أو حق العبد. وقيدنا بالمائة لأنه لو ذكر الثلث وقال وهو ألف فظهر أنه أقل فالوصية باطلة، ولو أوصى بأن يشتري بثلث ماله وهو ألف عبداً يعتق عنه فإذا هو أقل من ذلك فالوصية باطلة. قيل: هذا قول أبي حنيفة، وقيل قول الكل. والفرق لهما أن الوصية لهما وقع الشك في صحتها فلا تصح بالشك ولا كذلك مسألة الكتاب لأنها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك. هذا إذا أوصى له بالعتق فقط، فلو أوصى له بالعتق وبالمال قال في الفتاوى: سأل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجل فقال إذا بلغ ولدي فأعتق عبدي هذا وأعطه

عبده فمات فجنى ودفع بطلت وإن فدى لا وبثلثه لزيد وترك عبداً فادعى زيد عتقه في

مائتي درهم والعبد مفسد وهو في تعب منه فرضي العبد أن يعتق في الحال ولا يطلب صلته قال: لا يجوز عتق الوصي قبل الوقت الذي أقر به الموصي. وسأل أبو بكر عمن أوصى بعتق عبديه وأوصى لهم بصلة وللعبيد متاع وكسوة كسا لهم صاحبهم ومتاع وهبة لهم من غير المولى قال: لا يكون للعبيد من المتاع إلا ما يواري جسدهم. وفي المنتقى: إذا قال في مرضه الذي مات فيه إن مت من مرضي هذا ففلانة حرة وما كان في يدها من شيء فهو عليها صدقة قال: أرى ذلك جائزاً على وجه الصدقة ولها ما كان في يدها يوم مات وعليها البينة أن هذا كان في يدها يوم مات. وفي فتاوى الفضلي: أوصى بعتق أمه وأن يعطي لها بعد العتق من ثلث ماله كذا قال: إن كانت الأمة معينة جازت لها الوصية بالعتق وبالمال جميعاً، وإن كانت بغير عينها جازت الوصية بالعتق ولا تجوز الوصية بالمال إلا أن يقول جعلت ذلك مفوضاً إلى الوصي إن أحب أعطى التي أعتقها فيكون ذلك وصية جائزة كقوله ضع ثلث مالي حيث شئت ألا ترى أنه لو أوصى أن تباع أمته ممن أحب جاز ويخير الوارث على أن يبيعها ممن أحب، وإن أبى ذلك الرجل أن يشتريها بقيمتها حط عن قيمتها مقدار ثلث ما للموصي. أوصى أن يشتري عبداً في بلد كذا بمائة ويعتق يعتبر بلد الموصي لا بلد العبد. وفي الجامع: إذا أوصى بثلثه يشتري منه كل سنة بمائتي درهم عبداً فيعتق أو قال من ثلثي فإنه يشتري بذلك في أول السنة ويعتق عنه ولا يوزع على المدة. هذا إذا لم يعينه، فإن كان معيناً قال في الأصل: وإذا أوصى أن تعتق عنه جارية بعينها وهي تخرج من الثلث أو أوصى أن يشتري له نسمة بعينها وتعتق عنه فاشتريت له وجنى عليها جناية قبل العتق فإن الأرش للورثة، وإن اشترى به مالاً يمكن إعتاقه يكون صارفاً وصية الميت إلى غير ما أوصى وهذا لا تجوز، وكذلك لو كان الأرش عبداً مدفوعاً فيها فلو أعتق فإنه لا يعتق وكان ما اكتسب من مال فهو للورثة.

قال رحمه الله: **(وبعتق عبده فمات فجنى ودفع بطلت)** أي إذا أوصى بعتق عبد فمات المولى فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت الوصية لأن الدفع قد صح لأن حق ولي الجناية يقدم على حق الموصى فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لأنه يتلقى الملك من جهة الموصى وملك الموصي باقٍ إلى أن يدفع وبه بزول ملكه، فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الوصي أو وارثه بعد موته بالدين. هذا إذا قتل خطأ، فلو قتل عمداً فتارة يقتل مولاه عمداً وتارة يقتل غيره قال في المبسوط: أصله أن الدم متى انقلب مالاً فإنه يعتبر ذلك من مال الميت حتى تنفذ منه وصته ويقضى دينه لأن ذلك بدل نفسه بعد وفاته كما لو كان القتل خطأ، والدم متى كان مشتركاً بين اثنين فعفا أحدهما يعتبر مال الميت خمسة آلاف حصة غير العافي ولا يجعل كأن العافي أتلف القصاص وأنه ليس بمال فلا يمكننا أن نجعله

....

مستوفياً للمال، ولهذا شهود القصاص إذا رجعوا لم يضمنوا وتقسم التركة بعد تنفيذ الوصية على السهام التي كانت تقسم قبل الوصية حتى يكون ضرر نقصان الوصية عائداً على الكل بقدر حصصهم لأن حقوقهم في التركة على السواء، فما يلحقهم من الضرر بسبب تنفيذ الوصية يجب أن يكون على الكل لأن الاستحقاق بالوصية بمنزلة الهلاك وهلاك بعض التركة يكون على الكل فكذا الاستحقاق، فإذا أعتق عبداً قيمته ألف في مرضه ثم قتله عمداً وله وليان فعفا أحدهما أخذ غير العافي نصف الدية فقاسمه أخاه على اثني عشر سهماً للعافي وعتق العبد بلا سعاية لأن جميع مال الميت ستة آلاف خمسة آلاف بعد الوصية بالعتق فتقسم بينهما على اثني عشر سهماً لأن الباقي بعد الوصية يقسم على السهام التي كانت قبل الوصية، وقبل الوصية كان يقسم مال الميت بين الأثنين على اثني عشر لأن حق العافي في نصف العبد خمسة وحق الساكت في خمسة آلاف وخمسمائة. وإن كانت قيمة العبد ثلاثة آلاف سعى في ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين فيقسم ذلك مع نصف الدية بين الأثنين على ستة عشر للعافي ثلاثة أسهم والباقي للساكت لأن مال الميت ثمانية آلاف وثلاثة آلاف قيمة العبد وثلث ماله ألفان وستمائة وستة وستون وثلثا درهم فيعتق منه هذا القدر بغير سعاية ويسعى في الباقي وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فبقي مال الميت خمسة آلاف وثلاثمائة وثلاثين فيقسم بين الأثنين على ستة عشر لأن حق العافي في نصف العبد وذلك ألف وخمسمائة وحق الساكت ثلاثة عشر سهماً، ولو لم يكن في المال وصية يقسم المال على هذه السهام فكذلك بعد الوصية. وإن مات العبد قبل أن يسعى فللعافي سدس نصف الدية والباقي للاخر لأن الباقي من المال بعد الوصية وهلاك بعض التركة يقسم بين الورثة على السهام التي كانت تقسم قبل الوصية والهلاك، ولو لم يكن في المال وصية يقسم مال الميت بين الأثنين على ستة أسهم لأن حق العافيُ في نصف العبد وذلك ألف ومائتان وخمسون وحق الساكت في العبد كذلك، وفي نصف الدية خمسة آلاف فيكون حقه في ستة آلاف ومائتين وخمسين فاجعل كلاً بألف ومائتين وخمسين سهماً فيصير حق العافي في سهم وحق الساكت في خمسة فيكون كله ستة أسهم فيقسم بعد الوصية والهلاك على هذه السهام فيكون للعافي سهم من ستة وذلك سدس نصف الدية. ولو كان على المقتول دين ألف قضى الدين من نصف الدية ثم اقتسما الباقي على سبعة أسهم سهم للعافي لأن العبد صار مستوفياً نصيبه قدر ألفي درهم لأنا نجعل الباقي من مال الميت بعد الدين وذلك أربعة آلاف درهم ثلثي مال الميت يريد عليه مثل نصفه وذلك ألفان فقد صار العبد مستوفياً من وصيته قدر ألفين فصار كأن الميت ترك خمسة آلاف درهم وقيمته ألفان فيكون كله سبعة آلاف فذهب بالدين ألفان وبالوصية ألف بقي من المال أربعة آلاف فيقسم ذلك بين الأثنين على سبعة أسهم لأن قبل الوصية والدين حق العافي في نصف العبد قيمته ألف درهم وحق الساكت في نصف العبد ألف وخمسة آلاف نصف الدين فاجعل

....

ألفاً سهماً فصار حق العافي في سهم وحق الساكت في ستة أسهم، وكذلك بعد الوصية والدين يقسم على هذه السهام. ولو كان له عبدان قيمة كل واحد ألفان والمسألة بحالها سعى كل واحد في خمسمائة يضم ذلك إلى نصف الدية يقسم بينهما على تسعة للعافي سهمان لأن جميع مال الميت تسعة آلاف خمسة نصف الدية وأربعة قيمة العبدين وقد أوصى بأربعة آلاف وثلث ماله ثلاثة آلاف فيكون بين العبدين نصفين لاستواء وصيتهما فأصاب كل عبد ألف وخمسمائة وذلك ثلاثة أرباعه فيعتق من كل واحد ويسعى في أربعة فيضم ألف السعاية إلى خمسة آلاف نصف الدية فيصير ستة آلاف يقسم بينهما على تسعة لأن حق العافي في نصف العبدين وذلك ألفان وحق الساكت كذلك وله أيضاً نصف الدية فيكون نصيبه سبعة آلاف فيكون تسعة أسهم فيقسم ستة آلاف على تسعة أسهم للعافي من ذلك سهمان وذلك ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث والباقي للساكت، فإن مات أحد العبدين قبل أن يؤدي شيئاً سعى الباقي في ستمائة إلى نصف الدية ويقسم بين الورثة على اثنين وأربعين سهماً ثمانية ونصف من مال العافي والباقي للساكت لأن الميت صار مستوفياً وصيته وذلك سهم من ستة لأن الثلث كان بينهما نصفين على سهمين بقي خمسة أسهم سهم من ذلك العبد الحي وأربعة أسهم للورثة وجميع مال الميت سبعة ألاف نصف الدية وألفان قيمة العبد الحي فيكون للعبد الحي خمس سبعة آلاف وخمس السبعة آلاف ألف وأربعمائة فقد صار مستوفياً من وصيته ذلك القدر ويسعى من ستمائة إلى تمام قيمته فيظهر أن الميت صار مستوفياً من وصيته ذلك القدر أيضاً لأن حقهما سواء، فصار مال الميت ثمانية آلاف وأربعمائة خمسة آلاف نصف الدية وألفان قيمة العبد الحي وألف وأربعمائة قيمة العبد الميت، وما زاد على ذلك صار مستوفياً من وصيته هذا القدر أيضاً لأن حقهما صار تاوياً فلا يحتسب من مال الميت وقد نفذنا الوصية في ألفين وثمانمائة بقي للورثة خمسة آلاف وستمائة ضعف ما نفذنا الوصية فيه فيقسم ذلك بين الابنين على أربعة وثمانين من غير كسر لأن قيمة الحي ألفان وجميع مال الميت ثمانية آلاف وأربعمائة فاجعل لكل مائة سهماً فصار أربعة وثمانين سهماً سبعة عشر للعافي لأن حقه في ألف وسبعمائة والباقي للساكت. ولو كان للميت ألف عيناً ومات أحد العبدين سعى العبد الحي في أربعمائة ويقسم بين الابنين على ثمانية وأربعين فنقول: قيمة العبد ثلاثة آلاف وستمائة وألف قائمة بين الابنين نصفين لكل واحد ألفان وثلثمائة وقد كان للساكت نصف خمسة آلاف فصار نصيبه سبعة آلاف وثلاثمائة، فاجعل كل مائة سهم فيصير كل ألف عشرة أسهم فيصير نصيب العافي ثلاثة وعشرين ونصيب الساكت ثلاثة وسبعين فصار مال الميت مقسوماً بينهما على ستة وتسعين. وإذا أوصى لرجل بعبد بعينه يساوي أربعة آلاف درهم لا مال له غيره ثم قتل رجلاً عمداً وله ابنان فعفا أحدهما كان للموصى له ثلاثة أرباع العبد ويرد ربعه ويضم إلى نصف الدية الذي يؤخذ من القاتل فيقتسمانه على أربعة وخمسين للعافي من

....

ذلك اثنا عشر يأخذ منها أربعة ونصفاً من العبد والباقي من نصف الدية. وتخريجه أن مال الميت كله تسعة آلاف خمسة آلاف دية وقيمة العبد أربعة آلاف وقد أوصى بأربعة آلاف والموصى له بأكثر من الثلث إذا لم تجز الورثة لا يضرب إلا بقدر الثلث فيكون للموصى له ثلث ماله ثلاثة آلاف وذلك ثلاثة أرباع العبد ويرد ربعه إلى الورثة فيحصل للورثة ستة آلاف، فيقسم ذلك بينهما على تسعة أسهم لأن العبد كان بينهما نصفين لكل واحد منهما ألفان وللساكت خمسة آلاف نصف الدية فاجعل كل ألف سهمين فصار حق الساكت في سبعة وحق العافي في سهمين وستة آلاف على تسعة لا تستقيم فتضرب ستة في تسعة فصار أربعة وخمسين كان للعافي سهمان ضربناهما في ستة فصار له اثنا عشر، وللساكت سبعة ضربناها في ستة فصار اثنين وأربعين، ثم العافي يأخذ أربعة ونصفاً من العبد الباقي في الدية لأن العبد مع الدية جنسان مختلفان فيختلف المقصود بخلاف السعاية مع الدية لأن السعاية من جنس الدية دراهم أو دنانير فلم يختلف المقصود فلهذا لم يتبين حق كل واحد منهما في السعاية والمرض.

قال رحمه الله: **(وإن فدى لا)** أي لا تبطل الوصية إن فداه الورثة وكان الفداء في أموالهم لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية فصار كأنه لم يجز. هذا إذا كان خطأ وولي الجناية واحد، فلو كان له وليان والقتل عمداً فعفا أحدهما واختار أخذ العبد قال في المبسوط: فلو عفا عنه ولي المقتول في العمد وهو عبد قيمته عشرة آلاف وأوصى لرجل بثلث ماله فاختار مولى الجناية أخذ العبد كان له سدس العبد وسدسه للموصى له بالثلث وأربعة أسداسه للورثة عند أبي حنيفة، وإن اختار الفداء فدي بخمسة أسداس الدية وأخذ صاحب الثلث سدس الدية من الورثة لأن عنده الموصى له بالثلث يساوي الموصى له بالجميع لأن الموصى له بالثلث لا يضرب بالزيادة فصار الثلث على سهمين وصار الجميع على ستة، فالولي يملك سدس العبد ويدفع خمسة أسداس إلى الورثة، ثم الموصى له بالثلث يأخذ جميع ما بقي من الثلث من يد الورثة وذلك سدس الكل وبقي للورثة سدس العبد، ومتى كانت الدية والقسمة سواء لا يختلف الجواب بين الدفع والفداء، وإن كانت قيمته ألف درهم فحكم الدفع كذلك، وإن فداه فدى ثلثه بثلث الدية يأخذ الموصى له من ذلك ثلث ألف من ثلث الدية والباقي للورثة. وعلى قولهما إن مولى العبد يضرب في الثلث بجميع العبد وصاحب الثلث يضرب بالثلث فيقسم ثلث المال على أربعة لمولى العبد ثلاثة أرباع الثلث ويدفع الباقي إلى الورثة فيأخذ صاحب الثلثين من الورثة ربع الثلث فيجري الجواب على قولهما على مقتضى هذا. ولو كانت قيمته خمسة آلاف فحكم الدفع لا يختلف، فإن فداه فدي خمسة أسباعه بخمسة أسباع الدية سهم من ذلك لصاحب الثلث وأربعة للورثة وتخريجه في المحيط. ولو قتل خطأ وللمقتول وليان قال: ولو دفع العبد بالجناية لأحد الوليين ثم مات

صحته والوارث في مرضه فالقول للوارث ولا شيء لزيد إلا إن يفضل من ثلثه شيء

العبد قال في المبسوط: ولو قتل عبد لرجل رجلاً خطأ وله وليان فدفع نصفه أحدهما والآخر غائب ثم مات العبد ولا مال له غيره فإن الولي الغائب يرجع على القابض بربع قيمة العبد لأن نصف العبد الجاني مات وأخلف بدلاً لأن النصف الذي قبضه الحاضر مضمون عليه وأن قبضه للاستيفاء قبض ضمان فقد فات نصف المقبوض عن خلف وهو القيمة، وفات النصف الذي غير مقبوض بلا خلف لأن العبد في مولى الجاني أمانة وليس بمضمون فيرجع الغائب بنصف قيمته ما هو مضمون على القابض وهو ربع قيمة الكل. ولو كان قد أنصفه منه بنفس الدية ثم مات العبد وحضر الغائب فإنهما يقتسمان نصفه نصفين ويرجعان على مولى العبد بنصف الدية أيضاً فيكون بينهما نصفين. ولو فدى من أحدهما ثم قتل العبد وأخذ السيد قيمته دفع نصف القيمة إلى الغائب لأن اختيار الفداء في حق أحدهما لا يكون اختياراً للفداء في حق الآخر ما دام قائماً لأنه لا ضرر على الآخر في ذلك، فإنه لو اختار الدفع إليهما كان يصل إليه نصف العبد وهذا العبد قائم معنى لقيام بدله وهو القيمة لأن البدل قائم مقام المبدل معنى واعتباراً فيدفع البدل إلى الغائب لأنه بدل حقه ولا يتراجعان، وإن كان دفع القيمة إلى الغائب فهو كدفع نصف العبد إليه، ولو دفع إليه نصف العبد لا يتراجعان فكذا إذا دفعه معنى واعتباراً. قيل: المراد بنصف القيمة نصف الدية، ومن أصحابنا من قال اختيار الفداء للحاضر لا يكون اختياراً للدية في حق الغائب عند أبي حنيفة لأن أحد الورثة لا ينتصب خصماً عن الباقين فتكون المسألة الثانية على قول أبي حنيفة، والأولى على قولهما. ولو دفع نصفه إلى أحدهما واختار الفداء من الآخر وهو معسر لا يقدر على شيء فإنه يرجع على أخيه بربع العبد، وإن كان مستهلكاً بربع القيمة. وقال في الأصل: بربع الدية وهو محمول على أن القيمة مثل الدية فهذا قولهما، وفي قول أبي حنيفة لا يرجع على الآخر بربع القيمة لكن يتبع مولى العبد بنصف الدية متى أقر لأن عنده اختيار الفداء من المفلس لا يصح لما مر في كتاب الديات.

قال رحمه الله: **(وبثلثه لزيد وترك عبداً فادعى زيد عتقه في صحته والوارث في مرضه فالقول للوارث ولا شيء لزيد إلا إن يفضل من ثلثه شيء أو يبرهن على دعواه)** أي إذا أوصى بثلث ماله لزيد وله عبد وأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوراث ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم البينة أن العتق كان في الصحة لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى العبد لأن العتق في الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد لأن العتق في المرض وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق فبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكراً لاستحقاقه

....

والقول للمنكر مع اليمين ولكن العتق حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهداً للورثة فيكون القول قولهم مع اليمين فلا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شيء من قيمة العبد فإنه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك أو تقوم له البينة أن العتق وقع في الصحة فيكون له جميع العبد لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة، والموصى له خصم بالإجماع إلا أنه ثبت حقه فكذا العبد. أما عند أبي حنيفة فظاهر لأن العتق حق العبد على ما عرف من مذهبه فيكون خصماً فيه لإثبات حقه، وأما عندهما فلأن العتق فيه حق العبد وإن كان حقاً بعد فيكون بذلك خصماً وهو نظير حد القذف فإنه حق الله تعالى وفيه حق العبد فيكون خصماً بذلك، وكذا السرقة الحد فيها حق الله تعالى، فاسترداد المال حق العبد فلا بد من خصومته حتى يقطع السارق؛ كذا في الشارح. هذا إذا كان الموصى له غير العبد، فلو كان هو العبد قال في الأصل: رجل مات وترك عبداً وورثة صغاراً وترك ديناً على رجل فأقام العبد بينة أن مولاه أعتقه وأوصى إليه ومن عليه الدين حاضر فالشهادة جائزة ويقضى بالعتق وبالوصايا للعبد. وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن لا تقبل شهادتهما في العتق. وإن كانت الورثة كباراً وأقام العبد بينة على ذلك فالشهادة جائزة ويقضى بالعتق وبالوصايا. هذا على خلاف رواية الأصل. وفي نوادر إبراهيم عن محمد: رجل مات ولرجل عليه دين وأوصى بثلث ماله أو بدرهم سماه لرجل فأخذها الموصى له ثم جاء الغريم والورثة شهود أو غيب وقدم الموصى له إلى القاضي والموصى له لا يكون خصماً للغريم. هذا إذا حصلت الوصية له بقدر الثلث، وإذا حصلت الوصية بما زاد على الثلث إلى جميع المال وصحة الوصية بأن لم يكن للميت وارث فالموصى له خصم الغريم في هذه الحالة يعتبر الموصى له في هذه الحالة بالوارث. قال محمد رحمه الله في الجامع: رجل هلك ترك ثلاثة آلاف درهم وأقام وارثاً واحداً فأقام رجل البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله وجحد الوارث ذلك قضى القاضي له بالثلث وأعطاه بذلك وهو ألف درهم، ثم جاء رجلا وأقام البينة أن الميت أوصى له بثلث ماله وأحضر الموصى له إلى القاضي فالقاضي يجعله خصماً ويأمره أن يدفع نصف ما في يده إلى الثاني، فإن قضى القاضي على الأول بنصف الثلث ولم يكن عنده شيء بأن هلك الثلث في يده أو استهلكه وهو فقير والوارث لم يكلف الثاني إعادة البينة وكان للموصى له الثاني أن يشارك الوراث فيما في يده ويأخذ خمس ما في يد الوراث. ولو كان الموصى له هو الغائب فأحضر الثاني الوراث إلى القاضي قضى على الأول، وإن كان القاضي قضى بوصية الأول ولم يدفع إليه شيئاً حتى خاصمه الثاني والوارث غائب، فإن خاصمه إلى ذلك القاضي بعينه جعل خصماً، وإن خاصمه إلى قاض آخر لم يجعله خصماً. ولو كان الموصى له الأول هو الغائب والوارث حاضر لم يدفع المال إلى الأول فالوارث خصم للموصى له الثاني.

وهذا كله إذا أقر الموصى له الأول بأن كان المال الذي في يده بحكم الوصية أو كان ذلك معلوم للقاضي، فإذا لم يكن شيء من ذلك فقال الأول هو مالي ورثته عن أبي الميت وما

....

أوصى لي بشيء وما أخذت من ماله شيئاً فإنه يكون خصماً للموصى له الثاني بمنزلة ما لو ادعى رجل عبداً في يد رجل أنه اشتراه من فلان بكذا وقال ذو اليد هو عبدي ورثته عن أبي يكون خمساً ويقضى عليه للمدعي كذا هنا. وإن قال هذا المال عندي وديعة لفلان الميت الذي يدعي الوصية من جهته أو قال غصبته فهو خصم إلا أن يقيم بينة على ما قال. قال رجل أقام بينة على وارث ميت أن الميت أوصى بهذه الجارية بعينها وهي ثلث ماله وقضى القاضي بذلك ودفعها إليه وغاب الوارث، ثم أقام الآخر البينة على الموصى له أن الميت أوصى له بها ذكروا رجوعاً قضى القاضي بكل الجارية للثاني، وإن لم يذكروا رجوعاً قضى بنصفها للثاني للمزاحمة والمساواة ويكون هذا قضاء على الوراث غاب أو حضر حتى إن الموصى له الأول لو أبطل حقه كان كل الجارية للثاني، فإن غاب الموصى له وحضر الوارث لم ينتصب الوارث خصماً للموصى له الآخر خاصمه إلى القاضي الأول أو إلى غيره، فإن كان القاضي قضى للأول بالجارية فلم يدفعها إليه حتى خاصم الثاني الوارث، فإن خاصمه فيها إلى القاضي الأول لم يجعله خصماً، وإن خاصمه إلى قاضٍ آخر يجعله خصماً، ثم القاضي إذا سمع بينة الثاني على الوراث في هذا الفصل وهو ما إذا خاصمه الثاني عند قاضٍ آخر قضى للثاني بنصف الجارية، سواء شهد شهوده على الرجوع عن الأول أو لم يشهدوا على الرجوع، وإنما يشكل فيما إذا شهدوا على الرجوع. ولو أقام الأول بينة أن الميت أوصى له بثلث ماله ودفعه القاضي إليه ثم أقام الثاني البينة على الأول أن الميت رجع عن الوصية الأولى وأوصى بثلث ماله للثاني فالقاضي يأخذ الثلث من الأول ويدفعه إلى الثاني. قال محمد في الجامع الصغير: رجل له على آخر ألف درهم قرض أو كان غصب منه ألف درهم وكانت في يد الغاصب قائمة بعينها أقام رجل البينة أن فلاناً استودعه ألف درهم وهي قائمة بعينها في يد المودع فأقام رجل البينة أن صاحب المال توفي وأوصى له بهذا الألف التي هي قبل هذا الرجل والرجل مقر بالمال لكنه يقول لا أدري مات فلان أو لم يمت لم يجعل القاضي بينهما خصومة حتى يحضر وارث أو وصي كذلك، ونظيرها إذا دعى عيناً في يد رجل أنه اشتراها من فلان الغائب وصاحب اليد يقول أنا مودع الغائب أو غصبته منه لا ينتصب خصماً للمودع كذا هنا. وهذا الذي ذكرنا إن كان الذي قبله المال مقراً بذلك، فإن كان الذي في يده المال قال هذا ملكي وليس عندي من مال الميت شيء صار خصماً للمدعي وصار كرجل ادعى عيناً في يد رجل أنه اشتراه من فلان الغائب وصاحب اليد يقول هو لي ينتصب خصماً للمدعي كذا هذا. وإن جعله القاضي خصماً في هذا الوجه قضى له بثلث ما في يد المدعى عليه إلا أن يقيم البينة أن الميت ترك ألف درهم غير هذا الألف وأن الوارث قبض ذلك فحينئذ يقضي القاضي للموصى له بكل هذا الألف. ولو حضر الوارث بعد ذلك وقال لم أقبض من مال الميت شيئاً ما لم يلتفت إلى قوله، فإن أقام البينة أن فلاناً مات ولم يدع وارثاً ولا وصياً يقبل القاضي بينته، ثم عاد محمد

....

إلى صدر المسألة فقال: لو أن الموصى له أقام البينة أن فلاناً مات ولم يدع وارثاً وأوصى إليه بالألف التي قبل فلان وقال الشهود لا نعلم له وارثاً والذي قبله المال مقر بالمال الذي قبله فالقاضي يقضي بالمال للموصى له. قال محمد في الجامع: رجل ألف درهم دين أو كان الألف في يده غصباً أو وديعة أو كانت الألف فهذا فغاب صاحب المال فقام رجلا وادعى أن صاحب المال أوصى له بهذا الألف الذي قبل هذا الرجل ولا بينة له فصدقه الذي قبله المال فهذا على وجهين: أما إن أقر المدعي أن لصاحب المال وارثاً غائباً، أو قال لا أدري أله وارث أم لا، أو قال المدعي ليس لصاحب المال وارث. وإن كان صاحب المال رجلاً نصرانياً أسلم ولم يترك أحداً وصدقه الذي قبله المال في ذلك ففي الوجه الأول القاضي لا يقضي على الذي في يديه المال في الوجوه الأربعة الغصب والوديعة والدين والإيصاء إلا أن القاضي يتلوم في ذلك ويتأنى ولا يعجل، فإن جاء مدع أو وارث وإلا قضى القاضي بالمال للمدعي، وإن كان المال وديعة عند رجل كان له أن يضمن القابض بإجماع. وهل له أن يضمن المودع؟ فعل قول محمد رحمه الله كان له ذلك، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ليس له ذلك. وإن كان المال ديناً فلصاحب المال أن يضمن الغريم وليس له أن يضمن القابض، وإن ضمن الغريم كان للغريم أن يرجع على القابض.

وأما إذا كان المال وصل إليه من قبل أبيه أوصى إليه أبوه وصورة هذا وتفسيره إذا كان الرجل ألف درهم دفعها إلى رجل وجعله وصياً فيه ثم مات الموصى له فوصل المال إلى ابن الموصي من جهة أبيه الذي كان أوصى بها إلى ابنه وكان في يديه فدفع إلى هذا المدعي بأمر القاضي. ثم جاء صاحب المال حياً ولكن حضر وارثه فأقام البينة أنه أخوه من أبيه وأمه لا وارث له غيره فلا ضمان على الذي قبله المال في الوجوه كلها، وأن الذي في يده المال أقر أن هذا أخ صاحب المال وأنه قد مات إلا أني لا أدري أهذا وارثه أم لا لم يقض القاضي في ذلك زماناً فلم يظهر له وارث آخر ودفع المقر المال إلى المقر له بأمر القاضي ثم جاء صاحب المال حياً قال محمد في الكتاب: فهو بمنزلة الموصى له في جميع ما وصفت لك في حق التضمين، ولو بقي صاحب المال حياً لكن جاء رجل وأقام البينة أنه ابنه قال في الكتاب: هذا بمنزلة الموصى له في جميع ما وصفت لك في أنه لا ضمان على الذي قبله المال في الفصول كلها، وأن الضمان على القابض. ولو أن الذي في يده المال أقر لرجل أنه ابن الميت وأن للميت ابناً آخر وقال الابن المقر له ليس له ابن آخر تلوم القاضي زماناً، وإذا تلوم زماناً ولم يحضر وارث آخر دفع المال كله إليه. ثم قال في الكتاب: إذا تلوم القاضي زماناً ولم يظهر للميت ابن آخر أمر القاضي الذي قبله المال أن يدفع المال كله إلى المدعي ويأخذ منه كفيلاً ثقة، وما لم يعطه كفيلاً ثقة لا يدفع المال نظراً للغائب لجواز أن يكون للميت ابن آخر، فمن مشايخنا من قال: هذا قولهما. أما على قول أبي حنيفة لا يأخذ كفيلاً. وقال بعض المشايخ:

أو يبرهن على دعواه ولو ادعى رجل ديناً والعبد عتقاً وصدقهما الوارث سعى في

لا بل هذا على الاتفاق، فإن جاء وارث آخر فلا ضمان على الذي قبله المال في الوجوه كلها، ولكن الضمان على القابض وكفيله. ولو كان الذي حضر ادعى أن له على صاحب المال ألف درهم دين وأنه مات فصدقه الذي قبله المال في ذلك لم يلتفت القاضي إلى ذلك ولم يجعل بينهما خصومة حتى يحضر الوارث في الوجوه الأربعة. وهذا إذا أنكر المدعي أن للميت وراثاً وقال لا أدري له وراثاً أم لا، فإن أقر الذي قبله المال والمدعي أنه ليس له وراث فالقاضي يتلوم ويتأنى زماناً، ثم إذا تلوم زماناً ولم يظهر له وارث فالقاضي لا يدفع المال إلى المقر ولكن ينصب لنصيب الميت وصياً ليستوفي مال الميت على الناس ويوفي ما على الميت للناس. وإذا نصب يأمر المدعي بإقامة البينة على الوصي، فإن أقام البينة على هذا الوصي يأمر القاضي الوصي بأن يدفع حقه إليه وإذا دفع ثم جاء صاحب المال حياً والمال مستهلك عند المقر له كان الجواب في الوجوه كلها الأربعة الوديعة والدين والغصب والأيصاء كما قلنا في الفصل الأول. ولو لم يجئ صاحب المال حياً لكن حضر وارثه وجحد الدين لم يلتفت إلى جحوده وكان قضاء القاضي ماضياً ولا يكلف المدعي المدين إقامة البينة على الوارث. وقال في الجامع الصغير: رجل له وديعة أو غصب أو دين عليه فجاء رجل وأقام البينة أن صاحب المال قد توفي وهذا المدعي أخوه لأبيه وأمه ووارثه لا وارث له غيره والذي قبله المال جاحد للمال أو مقر بالمال منكر لما سواه فالمدعى عليه خصم له، فإذا قضى القاضي له بالمال كله فقبضه ثم جاء صاحب المال حياً وقد هلك في يد القابض فإن كان الذي عنده غاصباً فصاحب المال بالخيار إن شاء ضمن الشهود، وإن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن الأخ، فإن اختار تضمين الغاصب كان الغاصب بالخيار، وإن شاء ضمن الشهود ورجعوا على الأخ، وإن شاء ضمن الأخ، لا يرجع على أحد ولا يرجع على الشهود. وإن كان الذي عليه المال مودوعاً فلا ضمان لصاحب المال على الشهود، فإذا أخذ صاحب المال الدين من الغريم كان الغريم بالخيار إن شاء ضمن الشاهدين أو ضمن الأخ فإن ضمن الشهود رجعوا على الأخ، وإن ضمن الأخ لا يرجع على الشهود. ولو لم يأت صاحب المال حياً فلا يتحقق موته كما شهدت الشهود فجاء رجل وأقام بينة أني ابن الميت قضى القاضي بذلك فلا ضمان على الدافع في الوجوه كلها، ولكن الابن مخير إن شاء ضمن الشهود، وإن شاء ضمن الأخ. فإن ضمن الأخ لم يرجع على الشهود، وإن ضمن الشهود رجعوا على الأخ. ولو لم يقم الثاني بينة أنه ابن الميت لكنه أقام بينة أن أخو الميت لأبيه وأمه ووارثه قضى القاضي ببينته ويقضي القاضي له بنصف ما قبض الأول من الميراث ولا ضمان على الذي قبله المال في الصور كلها ولا ضمان على الشهود هنا.

قال رحمه الله: **(ولو ادعى رجل ديناً والعبد عتقاً وصدقهما الوارث سعى في قيمته**

قيمته وتدفع إلى الغريم وبحقوق الله قدمت الفرائض وإن أخرها كالحج والزكاة

وتدفع إلى الغريم) وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يعتق ولا يسعى في شيء لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصدق الوارث في كلام واحد فصار كأنهما وجدا معاً أو ثبت ذلك بالبينة والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين. وله أن الإقرار بالدين أقوى من الإقرار بالعتق ولهذا يعتبر إقراره بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والأقوى يدفع الأدنى فصار كإقرار المورث نفسه بأن ادعى عليه رجل ديناً وعبده عتقاً في صحته فقال في مرضه صدقتما فإن يعتق العبد ويسعى في قيمته فكذا هذا. وقضية الدفع أن يبطل العتق في المرض أصلاً إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية عليه، ولأن الدين أسبق فإنه لا مانع له من الاستناد فيستند إلى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق إلى تلك الحالة لأن الدين يمنع العتق في حال المرض مجاناً فتجب السعاية، وعلى هذا الخلاف إذا مات وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال آخر هذا الألف كان لي عنده وديعة فعنده الوديعة أقوى، وعندهما سواء؛ كذا في الهداية. وقال في النهاية: ذكر فخر الإسلام والكيساني الوديعة أقوى عندهما لا عنده عكس ما ذكر في الهداية بخلاف إقرار المورث نفسه لأن إقراره بالدين يثبت في الذمة وبالوديعة يتناول العين فيكون صاحبها أولى لتعلق حقه بها، وإقرار الوراث بالدين يتناول عين التركة كإقراره بالوديعة يتناول العين، وصاحب الكافي ضعف أيضاً ما ذكره صاحب الهداية وجعل الأصح خلافة. وفي الفتاوى سأل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجل فقال إذا أدرك ولدي فأعتق عبدي هذا وأعطه مائتي درهم والعبد معه وهو في لعب منه فرضي العبد أن يعتق في الحال ولا يطلب منه شيئاً قال: لا يجوز عتق العبد قبل الوقت الذي أقر به الوصي. وسأل أبو بكر عمن أوصى بعتق عبده وأوصى له بصلة وللعبد متاع وكسوة من سيده وهبة وهبها له غير المولى قال: لا يكون للعبد من ذلك المتاع إلا ما يواري عورته. قال رحمه الله: **(وبحقوق الله قدمت الفرائض وإن أخرها كالحج والزكاة والكفارات)** لأن الفرض أهم من النفل والظاهر منه البداية بالأهم. قال في الأصل: إذا اجتمعت الوصايا فإن كان ثلث المال يوفي بالكل أو أجازت الورثة الوصايا بأسرها نفذت الوصايا بأسرها، وإن لم تجز الورثة الوصايا فإن كانت الوصايا كلها للعباد يقدم الأقوى فالأقوى وإلا بدئ بما بدأ به كما سيأتي في القول التي بعدها. فإن كان في الوصايا عتق قدم على غيره، وإن استوت في القوة فإنهم يتحاصون فيها بأن يضرب بقدر حقه في الثلث وقد تقدم وإن كانت الوصايا كلها لله تعالى إن كان النوافل كلها عيناً بأن أوصى أن يتصدق بمائة على فقير بعينه وأوصى بأن يعتق نسمة بعينها تطوعاً فإنهما يتحاصان ولا يبدأ بما بدأ به الميت، فإن كان صاحب النسمة لا يبيع النسمة بما يخصها أو ماتت النسمة في يد صاحبها حتى وقع العجز

....

عن تنفيذ الوصية فإنه يكمل وصية الموصى له بالمائة لأن صحة الوصية للعبد صحت ثم بطلت لأنا نعتبر البطلان بوقوع اليأس عن تنفيذ الوصية للعبد، فأما إذا كانت الوصايا كلها فرائض وقد استوت في الوكالة وليس معها وصية للمعين بأن أوصى بأداء الزكاة وبحجة الإسلام وبأن يعتق عنه عبد عن كفارة يمين فإن على قول الفقيه أبي بكر البلخي يبدأ بما بدأ به الميت بخلاف ما لو أوصى بعتق في كفارة فطر فإنه يبدأ بكفارة الفطر أو القتل وإن أخرها الميت، وقد روى أبو يوسف في الأمالي عن أبي حنيفة والحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه يبدأ بالحج ثم بالزكاة ثم بالعتق عن كفارة اليمين سواء بدأ بالحج أو أخر. وفي الكافي: وروي عن أبي يوسف أنه يقدم عليه الزكاة بكل حال، ثم يقدم الحج على الكفارات، وكفارة الظهار والقتل واليمين مقدم على صدقة الفطر، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات كالنذر يقدم على الأضحية، وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي فإن أوصى بعتق في كفارة قتل أو كفارة يمين أو ظهار يبدأ بكفارة القتل، وإن أخرها الميت، وإن كانت الكفارة كفارة اليمين ساوت كفارة القتل في القوة والوكالة بخلاف ما إذا أوصى بالعتق في كفارة يمين وبالعتق في كفارة ظهار وبكفارة جزاء الصيد وبكفارة الحلف في الأذى فإنه يبدأ بما بدأ به الميت. وروى القاضي الإمام الجليل في شرح مختصر الطحاوي عن أصحابنا أنه يبدأ بالزكاة ثم بالحج ثم بالعتق عن الكفارة. هذا كله إذا لم يكن مع الفرائض نفل، فإن كان النفل بغير العين بأن أوصى بأن يحج عنه حجة الإسلام ويعتق عنه نسمة لا بعينها تطوعاً فالفرض أولى وإن أخره الميت، وهذا استحسان. والقياس أن يبدأ بالنفل إذا كان الميت بدأ بالنفل، فأما إذا كان مع الفرائض عين بأن أوصى بحجة الإسلام وبأن يعتق عنه معين يتحاصان سواء بدأ بالعتق أو أخر. هذه جملة ما أورده الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده. وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواف في شرحه: ويسن أن بعد الفرائض تقدم الكفارة على النذور. وفي الذخيرة: تقدم كفارة القتل على غيرها من الكفارات، وعلى النذور، وتقدم النذور على الأضحية وصدقة الفطر، وتقدم صدقة الفطر على الأضحية لأنها واجبة بالاتفاق. وإن كان مع الفرض وصية بعتق ونفل ليس بمعين بأن أوصى لرجل بمائة درهم وأوصى بعتق نسمة لا بعينها فإنه يجب التوزيع والمحاصة لتظهر صحة المعين، فإذا ظهر صحة المعين من الثلث خرج المعين عن الوسط بقي بعد هذا فرض ونفل وليس بعين فيقدم الفرض، فإن بقي بعد الفرض شيء ولا يأخذ بذلك نسمة قالوا: يصرف إلى الموصى له بالعين. وفي فتاوى الخلاصة: فإن كان مع شيء من هذه الوصايا حق الله نحو أن يقول ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارة ولزيد قسم على أربعة أسهم. وفي فتاوى أبي الليث: إذا قال أخرجوا من مالي عشرين ألفاً فأعطوا فلاناً كذا وفلاناً كذا حتى بلغ أحد شعر ألفاً ثم قال والباقي

والكفارات وإن تساوت في القوة بدئ بما بدأ به وبحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً

للفقراء ثم مات فإذا ثلث ماله تسعة آلاف درهم والورثة لم يجيزوا فإنه ينفذ من وصية كل واحد منهم تسعة أجزاء من عشرين جزءاً ويبطل من وصية كل واحد منهم أحد عشر جزءاً من عشرين جزءاً أو يجعل قوله والباقي للفقراء بعدما سمى عشرين ألفاً وذلك لكل واحد من ذلك نصيبهما حتى بلغ أحد عشر ألفاً فإنه قال أعطوا ثلث مالي لفلان كذا حتى بلغ أحد عشر ألفاً ثم قال وأعطوا الباقي للفقراء، فإذا بلغ ماله تسعة آلاف أو أكثر إلى أحد عشر ألفاً لا شيء للفقراء ويعطى كل واحد من أصحاب الوصايا حصة كاملة إن كان الثلث أحد عشر ألفاً، ثم يعطى كل واحد منهم تسعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من وصيته ويبطل سهمان من أحد عشر. وفي الواقعات للناطفي: الواجبات في الوصايا على أربع مراتب: ما أوجبه الله تعالى أبداً كالزكاة والحج، والثاني ما أوجبه على العبد بسبب من جهته ككفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة القتل، والثالث ما أوجبه على نفسه من غير ثبوته عليه بالنذر كقوله علي صدقة أو عتق وما أشبهه، والرابع التطوع كقوله تصدقوا عني بعد وفاتي. وقد اختلفت الرواية في الحج مع الزكاة فعن أبي حنيفة في المجرد أنه تقدم حجة الإسلام وإن أخر الحج عن الزكاة في الوصية لفظاً. وفي نوادر ابن رستم: إذا أوصى بالزكاة والحج والفرض يبدأ بما بدأ به الميت، فعلى هذا الترتيب الذي بيناه يجب إيفاؤها مرتبة إذا لم يف ثلث ماله بذلك كله.

قال رحمه الله: **(وإن تساوت في القوة بدئ بما بدأ به)** لأن الظاهر من حال المريض يبدأ بما هو الأهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت فصار كأنه نص على تقديمه باعتبار حاله فتقدم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد بها. وعن أبي يوسف أن الحج يقدم وهو قول محمد، وهما يقدمان على الكفارة لرجحانهما عليها لأنه جاء الوعيد فيهما ما لم يأت في غيرهما قال الله تعالى ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم﴾ الآية وقال تعالى ﴿فتكوى بها جباههم وجنوبهم﴾ [التوبة: ٣٤، ٣٥] وقال تعالى ﴿ومن كفر فإن الله غني عن العالمين﴾ [آل عمران: ٩٧] مكان قوله ومن ترك الحج إلى غير ذلك من النصوص والأخبار الواردة فيهما. وكذا ما ورد نص بوعيد فيه يقدم وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا، وقد تقدم أن الوصايا إذا اجتمعت لا يقدم البعض على البعض إلا العتق والمحاباة على ما بينا من قبل، ولا معتبر بالتقديم ولا بالتأخير ما لم ينص عليه ولهذا لو أوصى لجماعة على التعاقب يستوون في الاستحقاق ولا يقدم أحد على أحد غير أن المستحق إذا اتحد ولم يف الثلث بالوصايا كلها يقدم الأهم فالأهم باعتبار أن الموصي يبدأ بالأهم عادة فيكون ذلك كالتنصيص عليه لأن من عليه قضاء من صلاة أو حج أو صوم لا يشتغل بالنفل من ذلك الجنس ويترك القضاء عادة، لو فعل ذلك نسب إلى الحيف

من بلده بحج عنه راكباً وإلا فمن حيث يبلغ ومن خرج من بلده حاجاً فمات في

وقدمنا لو كان معها وصية لآدمي. قال رحمه الله: **(وبحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده بحج عنه راكباً)** لأنه وجب عليه أن يحج من بلده فيجب عليه الإحجاج كما وجب لأن الوصية لأداء ما هو الواجب عليه وإنما اشترط أن يكون راكباً لأنه لا يلزمه أن يحج ماشياً فوجب عليه الإحجاج على الوجه الذي لزمه. وفي النوازل وقال نصير: رجل مات وأوصى بأن يحج عنه فحج عنه ابنه ثم مات في الطريق قال: إن لم يكن له وارث غير فإنه يحج عن الميت من وطنه ويغرم الوارث ما أنفق في الطريق. وقال محمد بن سلمة: الذي يحج عن الميت لا يتداوى من مال الميت ولا يحتجم ولا يشتري منه ماء ليتوضأ أو يغتسل من الجنابة، ولا بأس بأن يشتري ما يغسل به ثيابه وبدنه ورأسه من الوسخ. ولم يتعرض المؤلف للوصية بالصدقة ونحن نذكر ذلك تتميماً للفائدة، هذا يشتمل على أقسام: الأول إذا أوصى بالتصدق بشيء فيتصدق بغيره سأل ابن مقاتل عمن أوصى أن يتصدق عنه بألف درهم فتصدق عنه بالحنطة أو على عكسه قال: يجوز. قال الفقيه: معناه أنه أوصى أن يتصدق عنه بألف درهم حنطة ولكن سقط ذلك عن السؤال فقيل له: إن كانت الحنطة موجودة فأعطى قيمته دراهم قال: أرجو أن يجوز. وفي النوازل: وبه نأخذ. وفي الظهيرية: رجل قال تصدقوا بثلث مالي وورثته فقراء فإن كانوا كباراً كلهم فأجاز بعضهم لبعض جاز للموصي أن يعطيهم من ذلك شيئاً. وعن محمد: لو أوصى بصدقة ألف درهم بعينها فتصدق الوصي مكانها بألف من مال الميت جاز، وإن هلكت الأولى قبل أن يتصدق الوصي يضمنه الورثة مثلها وعنه أن تبطل الوصية. ولو أوصى بأن يتصدق بشيء من ماله على فقراء الحج هل يجوز أن يتصدق على غيرهم من الفقراء؟ قال الشيخ الإمام أبو نصر: أيجوز ذلك، وإن أوصى بالدراهم وأعطاهم حنطة لم يجز. قال الفقيه: وقد قيل إنه يجوز وبه نأخذ. وسأل خلف عمن أوصى أن يتصدق بهذا الثوب قال: إن شاؤوا تصدقوا بعينه، وإن شاؤوا باعوا وأعطوا ثمنه، وإن شاؤوا أعطوا قيمة الثوب وأمسكوا الثوب. وقال محمد بن سلمة: بل يتصدق بعينه كما هو وكذا اللقطة ولو نذر وقال لله علي أن أتصدق بهذا الثوب جاز أن يتصدق بقيمته. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: بقول خلف نأخذ فإنه ذكر في الزيادات فيمن أوصى أن يباع هذا العبد ويتصدق بثمنه على المساكين جاز لهم التصدق بعين العبد فثبت أن التصدق بالعين وبالثمن على السواء. وسأل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجل وقال له بالفارسية فلان نعم راجام كر فأعطاه ثمن الكرباس قال: هذا يقع على المخيط. وفي الأجناس وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: إذا أوصى أن يتصدق عنه بألف درهم فتصدق بقيمتها دنانير يجوز. وفي الخانية روى ابن سماعة عن محمد: إنه يجوز. ولو أوصى أن يتصدق بثمنه فليس له أن يمسك الثوب للورثة ويتصدق بقيمته، ولو قال اشتر عشرة أثواب وتصدق بها فاشترى الوصي فله أن يبيعها ويتصدق

....

بثمنها، وكذلك لو قال تصدقوا بثلث مالي وله دور وارضون فللوصي أن يبيع تلك الدور والأرضين ويتصدق بالثمن، وكذلك لو قال تصدقوا بثلث مالي وبهذا العبد فللوصي أن يبيع ذلك العبد ويتصدق بالثمن. وعن محمد: إذا أوصى أن يتصدق عنه بألف درهم بعينها فتصدق الوصي بألف أخرى مكانها من مال الميت جاز. والحاصل أن الحي إذا نذر بالتصدق بمال نفسه فتصدق بمثله أو قيمته ففيه روايتان، فإن هلكت الألف التي عينها الوصي قبل أن يتصدق الوصي ضمن الوارث مثلها. وعنه أيضاً: لو أوصى بألف درهم بعينها تصدق عنه فهلكت الألف بطلت الوصية. وفي النوازل: إذا أوصى لرجل بهذه البقرة لم يكن للورثة أن يتصدقوا بثمنها. قال الفقيه: وبه نأخذ. القسم الثاني من هذا النوع إذا أوصى أن يتصدق على مسكين بعينه فتصدق على غيره ضمن. وفي نوادره إذا أوصى أن يتصدق على مساكين مكة أو مساكين الري فتصدق الوصي على غير هذا الصنف ضمن إن كان الآخر حياً، وكذلك لو أوصى أن يتصدق على المرضى من الفقراء أو الشيوخ من الفقراء فتصدق على الشباب من الفقراء ضمن في ذلك كله، ولم يقيد هذه المسألة بحياة الآمر. وفي الخانية: ولو قال لله علي أن أتصدق على فلان فتصدق على غيره لو فعل ذلك بنفسه جاز، ولو أمر غيره بالتصدق ففعل المأمور ذلك ضمن المأمور. ولو قال لله علي أن أتصدق على مساكين مكة فله أن يتصدق على غيرهم، وعن أبي يوسف رواية أخرى فيمن أوصى أن يتصدق عنه على فقراء مكة فتصدق على فقراء غيرها أنه يجوز. وسأل أبو نصر عمن أوصى أن يتصدق عنه لهم فتصدق على غيرهم من الفقراء قال: يجوز على ما تقدم عنه. وفي أمالي الحسن: قول أبي حنيفة كقول محمد والمذكور في الأمالي: إذا أوصى لمساكين الكوفة فقسم الوصي في غير مساكين الكوفة ضمن، ولم يفرق بين حياة الآمر وبين وفاته والفتوى على الجواز في هذه المسائل. وفي نوادر أبي يوسف. إذا قال لعبده تصدق بهذه العشرة الدراهم على عشرة مساكين فتصدق بها على مسكين واحد دفعة واحدة جاز قال: وهذا على أن الآمر في الصدقة ليس على عدد المساكين، لو قال تصدق بها على عشرة لا يجوز. وفي الظهيرية: ولو قال تصدق بها على مسكين واحد فأعطاها عشرة مساكين جاز، ولو قال في عشرة أيام فتصدق في يوم واحد جاز، وكذا في الخانية. وفي الفتاوى: سأل إبراهيم بن يوسف عمن أوصى لفقراء أهل بلخ فالأفضل أن لا يتجاوز بلخ، ولو أعطى فقراء مكة وكورة أخرى جاز.

قال رحمه الله: **(وإلا فمن حيث يبلغ)** أي إن لم يبلغ ثلث النفقة إذا أحجوا عنه من بلده حجوا من حيث يبلغ، والقياس أن لا يحج عنه لأنه أوصى بالحج على صفة وقد عدمت تلك الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحساناً لأن مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفذها ما أمكن ولا يمكن على هذا الوجه فيوفى به على وجه ممكن وهو أولى من إبطاله بخلاف العتق، وقد فرقنا بينهما فيما إذا أوصى بأن يشتري عبداً بمال قدره فضاع بعضه على قول أبي حنيفة. قال رحمه

الطريق وأوصى بأن يحج عنه يحج عنه من بلده والحاج عن غيره مثله.

باب الوصية للأقارب وغيرهم

جيرانه ملاصقوه وأصهاره كل ذي رحم محرم من امرأته واختار زوج كل ذي رحم

الله: **(ومن خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق وأوصى بأن يحج عنه يحج عنه من بلده)** وإن أحجوا عنه من موضع آخر؛ فإن كان أقرب من بلده إلى مكة ضمنوا النفقة، وإن كان أبعد لا ضمان عليهم لأنهم في الأول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال والإطلاق يقتضي ذلك، وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: يحج عنه من حيث مات استحساناً لأن سفره بنية الحج وقع قربة وسقط فرض من قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله ﴿ومن يخرج من بيته مهاجراً﴾ [النساء: ١٠٠] الآية. ولم ينقطع سفره بموته بل كتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما إذا خرج من بيته للتجارة لأن سفره لم يقع قربة فيحج عنه من بلده. ولأبي حنيفة أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده لأنه الواجب عليه عفى ما قررناه وعمله قد انقطع بالموت لقوله عليه الصلاة والسلام «كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاث» الحديث. والمراد بالثلاث في حق أحكام الآخرة من الثواب. وهذا الخلاف فيمن له وطن، وأما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالإجماع لأنه لو حج بنفسه إنما كان يتجهز من حيث هو فكذا إذا حج غيره لأن وطنه حيث حل. قال رحمه الله: **(والحاج عن غيره مثله)** أي المأمور بالحج عن الغير فحج عنه فمات في الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه إذا مات في الطريق حتى يحج عنه كما بينا من وطنه عند أبي حنيفة، وعندهما من حيث مات الأول وقد ذكرناها في كتاب الحج والله أعلم.

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال في العناية: إنما أخر هذا الباب عما تقدم لأن في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدم ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبداً يتلو العموم. وقوله «جيرانه» كان حق الكلام أن يقدم ذكر الوصية للأقارب نظراً إلى ما في الترجمة، ويجوز أن يقال الواو لا تدل على الترتيب وأن يقال قدم ذكر الجيران للاهتمام بهم. قال رحمه الله: **(جيرانه ملاصقوه)** يعني لو أوصى إلى جيرانه يصرف ذلك للملاصقين لجداره، وهذا عند أبي حنيفة وهو القياس لأنه مأخوذ من المجاورة وهي الملاصقة ولهذا حمل قوله عليه الصلاة والسلام «الجار أحق بشفعته» حتى لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار، ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع صرف إليه ألا ترى أنه يدخل فيه جار المحلة وجار الأرض وجار القرية فوجب صرفه إلى أخص الخصوص وهو الملاصق في الاستحسان، وفي قولهما جار الرجل

....

هو من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة لأن الكل يسمون جاراً عرفاً وشرعاً. قال عليه الصلاة والسلام «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» ففسر بكل من سمع النداء، ولأن المقصود بالوصية للجيران برهم والإحسان إليهم، واستحسانه ينتظم الملاصقين وغيرهم إلا أنه لا بد من الاختلاط ليتحقق منهم معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد. وقال الشافعي رحمه الله: الجار إلى أربعين داراً من كل جانب لقوله عليه الصلاة والسلام «حق الجار أربعون داراً هكذا وهكذا» قلنا هذا ضعيف عند أهل النقل فلا يصح الاحتجاج به ويستوي فيه الجار الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي لأن الاسم يتناول الكل، ويدخل فيه العبد الساكن عنده لأن مطلق هذا يتناوله، ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لأن استحقاق ما في يده للاختصاص به ثبت له ولا يملكه المولى إلا بالتمليك منه ألا ترى أنه يجوز له أخذ الزكاة وإن كان مولاه غنياً بخلاف القن والمدبر وأم الولد فالأرملة تدخل لأن سكناها مضاف إليها، ولا تدخل التي لها بعل لأن سكناها غير مضاف إليها وإنما هي تبع فلم تكن جاراً حقيقة. وفي المنتقى: ولو أوصى بثلث ماله لجيرانه، فإن كانوا يحصون يقسم على أغنيائهم وفقرائهم ولذلك لو قال لأهل محلة كذا أو لأهل مسجد كذا لأنه ليس في اللفظ ما يدل على التخصيص. قال محمد رحمه الله: رجل أوصى بمائة درهم لرجل من جيرانه ثم أوصى لجيرانه بمائة ينظر فيما أوصى لهذا وفيما يصيبه مع الجيران فيدخل الأقل من الأكثر لأن المائة إذا كانت أكثر فإنه يستحقها باسم الجيرة وقد آثره الموصي بتعين المائة فلا يستحق شيئاً آخر، فإذا كان نصيبه مع الجيران أكثر يكون رجوعاً عما سمى له وشركاً له مع الجيران كلهم. ولو أوصى بثلث ماله لمجاوري مكة فإن الوصية جائزة، فإن كانوا لا يحصون صرف إلى أهل الحاجة منهم، وإن كانوا يحصون قسمت على رؤوسهم. واختلفوا في تفسير الإحصاء وتقديره؛ على قول أبي يوسف لا يحصون إلا بكتاب وحساب فإنهم يحصون. وقال محمد: إن كانوا أكثر من المائة لا يحصون، وإن كانوا أقل يحصون. وقيل: الأمر موكول إلى رأي القاضي وهو الأحوط. وقال أبو يوسف: لكهول أهل بيته فهو لأبناء الثلاثين إلى الأربعين والشاب إذا احتلم إلى ثلاثين، والشيخ من كان شبيه أكثر فهو شيخ، وإن كان السواد أكثر فهو ليس بشيخ. وعن أبي يوسف في رواية أخرى أن الكهل من له أربعون سنة إلى خمسين، وذكر في موضع آخر إذا بلغ ثلاثاً وثلاثين سنة صار كهلاً. وقال في موضع آخر: إذا بلغ الثلاثين وخالطه الشيب فهو كهل، وإن لم يخالطه فهو شاب. وفي بعض الروايات الاعتبار بالسن لأنه أمكن مراعاة في حق الكل على نهج واحد، وفي بعضها اعتبر من حيث الإمارة والعلامة فإن الناس يتعارفون ذلك وأطلقوا الاسم عند وجود العلامة وهو الشمط والشيب.

قال رحمه الله: **(وإصهاره كل ذي رحم محرم من امرأته)** لما روي أنه عليه الصلاة

....

والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها وكانوا يسمون أصهار النبي ﷺ، وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيد الله، وفي الصحاح: الأصهار أهل بيت المرأة. ولم يقيده بالمحرم وقال القرافي في قوله تعالى: ﴿وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً﴾ [الفرقان: ٥٤] النسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذي يحل نكاحه كبنات العم والخال وأشباههن من القرابة التي يحل تزويجها. وعن ابن عباس خلاف ذلك فإنه قال: حرم الله من النسب سبعاً ومن الصهر سبعاً ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وبنات الأخت﴾ [النساء: ٢٣] ومن الصهر سبعاً بقوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ إلى قوله ﴿وإن تجمعوا بين الأختين﴾ قال في المغرب عقيب ذكره قاله الأزهري وهذا هو الصحيح لا ارتياب فيه هذا هو المذكور في كتب اللغة، وكذا يدخل في كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لأن الكل أصهار. وشرطه أن يموت وهي منكوحته أو معتدته من طلاق رجعي لا من بائن، سواء ورثت بأن أبانها في المرض أو لم ترث لأن الرجعي لا يقطع النكاح والبائن يقطعه. وقال الحلواني: الأصهار في عرفهم كل ذي رحم محرم من نسائه الذي يموت هو وهن نساؤه أو في عدة منه، وفي عرفنا أبو المرأة وأمها ولا يسمى غيرهما صهراً. قال رحمه الله: **(واختار زوج كل ذي رحم محرم منه)** كأزواج البنات والعمات والخالات لأن الكل يسمى ختناً وكل ذي رحم محرم منه محرم من أزواجهن لأنهن يسمون أختاناً. وقيل: هذا في عرفهم، وفي عرفنا لا يتناول إلا أزواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد. قال: إذا أوصى بثلث ماله لأختانة أو لأختان فلان فاعلم أن الأختان أزواج كل ذي رحم محرم منه كأزواج البنات والأخوات والعمات والخالات، وكذا كل ذي رحم محرم من أزواج هؤلاء من ذكر أو أنثى فهما أختان؛ كذا ذكر محمد في الكتاب. قال مشايخنا: وهذا بناء على عرف أهل الكوفة، أما في سائر البلدان اسم الختن يطلق على زوج البنت وزوج كل ذي رحم محرم منه ولا يطلق على ذي رحم محرم منه من أزواج هؤلاء والعبرة للعرف. وفي الكافي: ويستوي فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد واللفظ يشمل الكل. قال: ولا يكون الأختان من قبل أبي الموصي يريد به أن امرأة الموصي إذا كانت لها بنت من زوج آخر ولها زوج فزوج ابنتها لا يكون ختناً للموصي، فلو أوصى لأصهاره من نساء الموصي فهي صهره؛ هكذا ذكر محمد في الكتاب وتقدم غيره، والأخذ بما ذكر محمد أولى لأنه موافق للعرف وإنما يدخل تحت الوصية من كان صهراً للوصي يوم موته لما ذكرنا أن المعتبر حالة الموت وذلك إنما يكون إذا كانت المرأة التي يثبت بها الصهر منكوحة له عند الموت أو معتدة عنه بطلاق رجعي، أما إذا كانت بائنة بثلاث تطليقات أو بتطليقة بائنة فلا. وكذلك في مسألة الأختان إنما تدخل تحت الوصية من كان ختناً للموصي عند موته وذلك إنما يكون لقيام النكاح بين محارمه وأزواجهن عند موت الموصي

محرم منه وأهله زوجته وآله أهل بيته وجنسه أهل بيت أبيه وإن أوصى لأقاربه أو لذوي

ويستوي أن تكون المرأة أمة أو حرة على دينه أو غير دينه كما في المنتقى: إذا قال أوصيت لزوجه ابني بكذا فهو على زوجها يوم مات الموصي، ولو قال لأزواج ابنتي ولابنته أزواج قد طلقوا وزوج حال الموت لم يطلقها فالوصية للكل. ولو أوصى لامرأة ابنه فهذا على امرأة ابنه يوم موت الموصى وإنما يدخل تحت الوصية امرأة واحدة حتى لو كان لابنه امرأة يوم الوصية وتزوج بامرأة أخرى ثم مات الموصي فالخيار إلى الورثة يعطون أيتهما شاؤوا ويجبرون على أن يبينوا في أحدهما. قال رحمه الله **(وأهله زوجته)** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا، رحمهما الله: يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته غير مماليكه اعتباراً بالعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى: ﴿وأتوني بأهلكم أجمعين﴾ [يوسف: ٩٣] وقال تعالى: ﴿فانجيناه وأهله إلا امرأته﴾ [الاعراف: ٨٣] والمراد من كان في عياله. ولأبي حنيفة أن الاسم حقيقة للزوجة يشهد بذلك النص والعرف قال الله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾ [القصص: ٢٩] والمطلق ينصرف إلى الحقيقة المستعملة. قال رحمه الله: **(وآله أهل بيته)** وقال عليه الصلاة والسلام: «من تأهل ببلدة فهو منها» لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها فيدخل فيه كل من ينسب إليه من قبل آبائه إلى أقصى أب له في الإسلام الأقرب والأبعد، والذكر والانثى، والمسلم والكافر، والصغير والكبير فيه سواء، ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات ولا أحد من قرابة أمه لأنهم لا ينسبون إلى أبيه وإنما ينسبون إلى آبائهم فكانوا من جنس آخر لأن النسب يعتبر من الآباء وفي المبسوط: ولو أوصى بماله لقربته فالقرابه من قبل الأب لأن القرب يثبت بالاتصال من الجانبين، فإن أوصى لذوي قرابته أو لذوي أرحامه فعند أبي حنيفة هو لكل ذي رحم محرم منه اثنان فصاعداً الأقرب، وعندهما يستحقه الواحد ويستوي فيه المحرم وغير المحرم والبعيد والقريب وهو قول الشافعي. لهما القرابة اسم عام يعم الكل ويشملهم بدليل أنه لما نزل قوله تعالى: ﴿وانذر عشيرتك الأقربين﴾ [الشعراء: ٢١٤] دعا رسول الله ﷺ قبائل قريش وأنذرهم فأكثر بني هاشم ليس بمحرم منه وبعيد عنه في القرابة، ولأن إطلاق القريب في استعمال الكلام في الأباعد من الأقارب أكثر من إطلاقه على الأقرب من الأقارب فإنه يقال لمن بعد منه هذا قريب مني ولا يقال لمن قرب منه كالعم هذا قريبي، والقرابة اسم جنس فيتناول الواحد فصاعداً كاسم الرجل. وأبو حنيفة اعتبر في استحقاق أربعة شرائط: أحدها أن يكون المستحق اثنين فصاعداً إذا كانت الوصية باسم الجمع وهو قوله قرابتي من القرب ومعنى الإجماع فيه وهو مقابلة الفرد بالفرد والجمع من وجه ملحق بالجمع من كل وجه في الميراث فكذا في الوصية لأنها أخت الميراث. والثاني أنه يعتبر الأقرب فالأقرب لأنه علق استحقاق المال باسم القرابة وفي الميراث يقدم الأقرب فالأقرب ويكون الأبعد محجوباً بالأقرب فكذا في الوصية لأنهما أخوان لقوله عليه الصلاة والسلام «الوصية أخت الميراث» والأختية تقتضي الاستواء والمشاركة

قرابته أو لأرحامه أو لأنسابه فإن كان له عمان وخالان ولو كان له عم وخالان كان له

في أصل الاستحقاق. والثالث أن يكون ذو رحم محرم من الموصي حتى إن أولاد العم لا تستحقه بهذه الوصية لأن المقصود من الوصية صلة القرابة فيختص بها من يستحق الصلة بالقرابة وهو القرابة المحرمة للنكاح الموجبة للصلة لأنه يتعلق بها صلة استحقاق النفقة والعتق عند دخوله في ملكه. والرابع أن يكون ممن يرث من الموصي لأن قصد الموصي صحة الوصية ولا تصح الوصية للوارث ويستوي فيه الرجال والنساء لأن اسم القرابة يتناولهما لصفة واحدة، وليس في لفظ الموصي ما يدل على تفضيل الذكر على الأنثى ولا يدخل فيه الوالدان والولد لأنهما لا ينطبق عليهما اسم القرابة لقوله تعالى: ﴿للوالدين والأقربين﴾ [البقرة: ١٨٠] فقد عطف الأقربين على الوالدين والمعطوف غير المعطوف عليه، ولأن الجزئية والبعضية بينهما ثابتة واسم القرابة لا يطلق مع وجود الجزئية والبعضية في عرف الاستعمال. والجد والجدة وولد الولد من ذكر وأنثى يدخلون في هذه الوصية لأنهم ينسبون إليه بواسطة القريب، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الجد لا يدخل بمنزلة الأب لأن اسم الأب يتناوله ولا يتناول اسم القريب عند أبي حنيفة، فلو كان واحداً يستحق نصف الوصية لأن ما زاد على الواحد ليس له نهاية معلومة فلا يعتبر للمزاحم أكثر من الواحد كما في الميراث.

قال رحمه الله: **(وجنسه أهل بيت أبيه)** لأن الانسان يتجنس بأبيه فصار كأنه هو بخلاف قرابته حيث يدخل فيه جهة الأب والأم لأن الكل يسمون قرابته فلا يختص بشيء منهم، وكذا أهل نسبته وأهل نسبه فيكون حكمه حكم جميع ما ذكرنا ويدخل فيه الأب والجد لأن الأب أصل النسب والجد أصل نسب أبيه. وقال في الكافي: لو كان الأب الأكبر حياً لا يدخل تحت الوصية لأن الوصية للمضاف لا للمضاف إليه، ولو أوصت المرأة لجنسها أو لأهل بيتها لا يدخل ولدها لأن ولدها ينسب إلى أبيه لا إليها إلا أن يكون أبوه من قوم أبيها وقرابته. قال رحمه الله: **(وإن أوصى لأقاربه أو لذوي قرابته أو لأرحامه أو لأنسابه)** فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان والولد والوارث ويكون للاثنين فصاعداً. وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الاسلام وإن لم يسلم بعد أن أدرك الاسلام أو أسلم على ما اختلف فيه المشايخ، وفائدة الاختلاف تظهر في مثل أبي طالب وعلي رضي الله عنه إذا وقعت الوصية لأقرباء النبي ﷺ لا يدخل فيه أولاد أبي طالب، وعلى هذا وقعت الوصية على قول من شرط الاسلام ويدخلون على قول من شرط أدراك الاسلام، ومن شرط إسلامه صرفه إلى أولاد علي لا غير، ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالإجماع لأنه لم يدرك الاسلام. لهما أن الاسم يتناول الكل لأن لفظة القريب حقيقة للكل إذ هي مشتقة من القرابة فيكون اسماً لكل من قامت به فيتناول مواضع الخلاف ضرورة. ولأبي حنيفة أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر

....

الأقرب فالأقرب فكذا في أخته لأن الأخت لا تخالف الأخت في الأحكام، ولأن المقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في إقامة الواجب وهو صلة الرحم والوجوب يختص بذي الرحم المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه فإن كلاً منهما قيده بما ذكره، والإمام الشافعي قيده بالأب الأدنى. ولا تدخل قرابة الأولاد عندنا لأنهم لا يسمون أقرباء عادة ومن يسمى والده قريباً يكون منه عقوقاً إذ القريب في عرف أهل اللغة من تقرب إلى غيره بواسطة غيره، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولهذا عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى: ﴿الوصية للوالدين والأقربين﴾ [البقرة: ١٨٠] والعطف للمغايرة، ولو كان منهم لما عطفوا عليهما. ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنهم لا يدخلون، وقيل ما ذكراه إلى أنه يصرف إلى أقصى أب له في الاسلام كان في ذلك الزمان حين لم يكن في أقرباء الانسان الذين ينسبون إلى أقصى أب له في الاسلام كثرة، وأما في زماننا ففيهم كثرة لا يمكن احصاؤهم فيصرف الوصية إلى أولاد أبيه وجده وجد أبيه وأولاد أمه وجد أمه وجدته وجده أمه، ولا يصرف إلى أكثر من ذلك. ويستوي الحر والعبد، والمسلم والكافر، والصغير والكبير والذكر والأنثى على المذهبين. وإنما يكون للاثنين فصاعداً عنده لأن المذكور فيه بلفظ الجمع وفي الميراث يراد بالجمع المثنى فكذا في الوصية لأنها أخته. قال الراجي عفو ربه: هذا ظاهر في الأقارب، وأما في الانسان فمشكل لأنه جمع نسب وفيه لا تدخل قرابته من جهة الأم فكيف دخلوا فيه هنا؟ قال في الأصل: ولو ترك الموصي ولداً يحوز ميراثه وترك عمين وخالين فالوصية عند أبي حنيفة للعمين، وإنما شرط قيام الولد كيلا يكون العمان وارثين. وعند أبي يوسف ومحمد الوصية بين العمين والخالين أرباعاً لاستوائهم في تناول اسم القريب، ولو كان عماً وخالين فللعم النصف والباقي للخالين عند أبي حنيفة، وعندهما الوصية بينهم بالسوية. وإن ترك عماً وعمة وخالاً وخالة فالوصية للعم والعمة عند أبي حنيفة. وفي الكافي: ولو أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند أبي حنيفة، وعندهما يقسم بينهم أرباعاً، وكذا في قوله لأرحامه ولذوي أرحامه ولأنسابه ولذوي أنسابه. ولو قال لذوي قرابته أو لذي نسبته أو لقرابته فالجواب ما ذكرنا إذ هنا لا يعتبر الجمع عند أبي حنيفة فإنه يدخل تحت الوصية الأقرب فالأقرب والواحد فصاعداً بلا خلاف. وفي الكافي: ولو أوصى لذوي قرابته لا يشترط فيه الجمع لاستحقاق الكل حتى لو كان له عم وخالان فكله للعم عنده. قال: ويعتبر في هذه المسائل قرابة الموصى له وقت موت الموصي لا وقت الإيصاء. قال في الأصل: وإن لم يكن للموصي ذو رحم في هذه المسائل فالوصية باطلة عند أبي حنيفة. وفي النوازل وفي الظهيرية: الوصية إذا كانوا إلا يحصون اختلف المشايخ في جوازها قال بعضهم: إنها باطلة. وقال محمد بن سلمة: إنها جائزة وعليه الفتوى لأنها قربة لكونها صلة. ولو أوصى بثلث ماله

النصف ولهما النصف ولو له عم وعمة استويا ولولد فلان للذكر والأنثى سواء ولورثة

لأهل بيته دخل في الوصية كل من يتصل به من قبل آبائه إلى اقصى أب له في الاسلام يستوي فيه المسلم والكافر والذكر والأنثى، والمحرم والقريب والبعيد. ونسب الإنسان من قبل أبيه وكل من يتصل به من قبل آبائه إلى أقصى أب في الإسلام، فهو من أهل بيت نسبته فيدخل تحت الوصية، ولا يدخل تحت الوصية أولاد البنات قال: إلا إذا كان أزواجهن من بني أعمام الوصي وعشيرته، ولا يدخل فيه أولاد الأخوات ولا أحد من قرابة أم الموصي. وإذا أوصى لجنسه فهذا وما لو أوصى لأهل بيته سواء لأن الانسان من جنس قوام ابيه ألا ترى أن إبراهيم ولد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قريشاً وكذلك أولاد الخلفاء يصلحون للخلافة وإن كان أكثرهم من الإماء واعتبروا من جنس قوم آبائهم فصار قوله وجنسه وقوله لأهل بيته سواء وكل من يتصل به إلى اقصى أب في الاسلام يدخل تحت الوصية إن أوصى لآله فهذا وما لو أوصى لأهل بيته سواء لأنهم يستعملون استعمالاً واحداً يقال آل محمد وأهل بيت محمد وآل عباس وأهل بيت عباس. إذا اوصى بثلث ماله لأهله أو لأهل فلان فالوصية للزوجة خاصة دون من سواها قياساً إلا أنا استحسنا وجعلنا الوصية لكل من يكون عياله وتلزمه نفقتهم ويضمهم بيته ولا يدخل تحت الوصية مماليكه فلو كان أهل في بلدتين أو في بيتين دخلوا تحت الوصية لعموم اللفظ.

قال رحمه الله: **(فإن كان له عمان وخالان)** فهي لعميه لأنهما أقرب كما في الأرث ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية على ما بينا فكذا هنا، وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يكون بينهم أرباعاً لأنهم لا يعتبرون الأقرب وقد تقدم. قال رحمه الله **(ولو كان له عم وخالان كان له النصف ولهما النصف)** أي لو كان له عم وخالان كان للعم نصف ما أوصى به وللخالين النصف لأن اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الإتيان في الوصية على ما عرف فيضم إلى العم الخالان ليصير جمعاً فيأخذ هو النصف لأنه أقرب ويأخذان النصف بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون جميع اعتبار الوصية للعم إذ هو الأقرب، ولو كان له عم واحد لا غير كان له نصف الوصية لما بينا أنه لا بد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف إلى الورثة لعدم من يستحقه لأن اللفظ جمع وأدناه اثنان في الوصية فيكون لكل واحد منهما النصف والنصف الآخر يرد إلى الورثة. قال رحمه الله: **(ولو له عم وعمة استويا)** لأن قرابتهما مستويان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقا حتى لو كان له أخوال معهما لا يستحقون شيئاً لأنهما أقرب ولا حاجة إلى الضم إليهما لكمال النصاب بهما، ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها متقيدة بهذا فلا بد من مراعاته، وهذا كله عند أبي حنيفة. وعندهما لا تبطل ولا تختص الأعمام بالوصية دون الأخوال لما عرف من مذهبهما وقدمنا بيانه. قال رحمه الله: **(ولولد فلان للذكر والأنثى سواء)** يعني لو أوصى لأولاد فلان للذكر

. . . .

والأنثى سواء لأن اسم الولد يشمل الكل وليس في اللفظ شيء يقتضي التفضيل فتكون الوصية بينهم على السواء. قال في العيني على الهداية قال الفقيه أبو الليث: ولو أوصى لولد فلان ولفلان ولد الصلب وله ولد ولد فالوصية كلها له وليس لولد الولد شيء. وقال شمس الأئمة في شرح الكافي: لو كان له ولد واحد ذكراً أو أنثى فجميع الوصية له. وذكر الكرخي بخلاف ذلك فقال: إذا أوصى الأئمة بثلث ماله فلان وله ولد الصلب ذكر أو أنثى كان الثلث لهم بعد أن يكون اثنين فصاعداً، ولم يكن لولد ولده شيء ولو كان لصلبه واحد أو له ولد ولد كان للذي لصلبه نصف الثلث ذكراً كان أو أنثى، وكان ما يبقى لولد ولده بالسوية الذكر والأنثى وهذا كله قول أبي حنيفة اهـ. ولو أوصى لولد فلان أو لابن فلان فهذا على وجهين: إما إن كان فلان أبا قبيلة يعني أبا جماعة كثيرة كتميم لبني تميم وأسد لبني أسد أو كان فلان أبا خاص ليس باب لجماعة كثيرة. واعلم بأن أولى الأسامي في هذا الباب الشعب ـ بفتح الشين ـ سمي شعباً لتشعب القبائل منها ولهذا بدأ الله تعالى بذكره فقال ﴿يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا﴾ [الحجرات: ١٣]ثم القبيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ، ثم الفصيلة، فمضر شعب، وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصي بطن، وهاشم أبو جد النبي ﷺ فخذ، وعبد المطلب فصيلة. وإذا أوصى لبني قريش وقريش عمارة فإنه لا يدخل تحت الوصية أولاد مضر وكنانة وتدخل أولاد قريش وأولاده قصي وهاشم وأولاده والعباس وأولاده. وإذا أوصى لبني قصي وهم بطنه فإنه لا يدخل تحت الوصية أولاد مضر وكنانة وأولاد قريش ويدخل من دونهم وإذا أوصى لبني هاشم الذي هو فخذ فإنه لا يدخل تحت الوصية من فوقهم ويدخل من دونهم من أولاد الفصيلة. ولو أوصى لبني الفصيلة فإنه لا يدخل تحت الوصية أولاد العباس وأولاد أبي طالب وأولاد علي ولا يدخل من فوقهم. قال الشيخ الزاهد أحمد الطواويسي: مثال الفخذ مضر، ومثال البطن بنو هاشم، ومثال القبيلة قريش، ومثال الشعب العرب. وفي الذخيرة: وإذا أوصى لولد علي وهم فخذ لا يدخل تحته من فوقهم وهم أولاد قريش لأنهم فوقهم فإذا عرفنا هذه الجملة جئنا إلى المسألة التي ذكرناها وهو ما إذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وفلان القبيلة وله أولاد ذكور وإناث فإن ثلث ماله يكون بين الذكور والإناث من أولاده بالسوية إذا كانوا يحصون بالإجماع، وإن كن نساء كلهن ولم يذكر هذا في الكتاب قلوا: ينبغي أن يكون الثلث لهن. وإن كانوا ذكوراً كلهم يستحقون كله، فأما إذا كان فلان أباً واحداً أولاد ذكور كلهم فإن ثلث ماله لهم، وإن كان أولاد اناثاً كلهن لا شيء لهن وإن كان فلان أباً خاصاً وأولاد فلان ذكوراً أو أناثاً اختلفوا فيه؛ قال أبو حنيفة وأبو يوسف: الوصية للذكور منهم دون للإناث. وقال محمد بأن الوصية للذكور والإناث بينهم بالسوية إذا كانوا يحصون، وقد روى أبو يوسف بن خالد السمتي عن أبي حنيفة مثل قول محمد. حكى الكرخي أنه كان

....

يقول ما ذكره في هذه الرواية قول أبي حنيفة الآخر وما يرويه يوسف بن خالد السمني قوله الأول وكان يجعل لأبي حنيفة قولاً كان أولاً وآخراً في هذه المسألة فيقول: قوله الأول قياس وقوله الآخر استحسان فإن لم يكن لفلان أولاد صلبية وكان له أولاد هل يدخلون تحت الوصية يدخلون كلهم وإن كان له أولاد بنات فإنهم لا يدخلون تحت الوصية، وإن كانوا ذكوراً كلهم أو كانوا ذكوراً وإناثاً لا غير، وإن كان أولاد البنات اناثاً كلهن فلا شك أنه شيء لهن، وفي الذخيرة سأل عن هذه المسألة فقال: أولاد البنات لا يدخلون تحت الوصية ثم أنشد:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

هذا إذا أوصى لبني فلان، فأما إذا أوصى لولد فلان ولفلان بنات لا غير دخلن تحت الوصية بخلاف ما لو أوصى لبني فلان ولفلان بنات لا شيء لهن، فإن كان لفلان بنون وبنات فالثلث بينهم عندهم جميعاً ويكون ثلث ماله بينهم بالسوية لا يفضل الذكور على الاناث قال: فإن كانت له امرأة حامل دخل. ما في بطنها في الوصية أيضاً ولا تدخل أولاد الأولاد تحت هذه الوصيه كولد فلان وولد فلان وولد فلان في الحقيقة من يولد لفلان وللذي يولد منه ابنه وابنته لصلبه، فأما ولد ابنه أو ابنته يولد من ابنه أو ابنته ولم يتولد من فلان وكان حقيقة هذا الاسم لولد الصلب فما دام لفلان ولد صلبه لا يدخل ولد ابنه. وهذا إذا كان فلان أباً خاصاً، فإذا كان هو أباً فخذاً فأولاد الأولاد يدخلون تحت الوصية حال قيام ولد الصلب، وإن لم يكن له ولد إلا ولداً واحداً كان الثلث له بخلاف ما لو أوصى لأولاد فلان وله ولد واحد فإنه يستحق النصف، وإذا أوصى لأولاد فلان وليس لفلان أولاد لصلبه يدخل تحت الوصية أولاد البنين. وهل يدخل فيه أولاد البنات؟ ففيه روايتان في دخول بني البنات، وأما بنات البنات لا يدخلون في الوصية رواية واحدة. ولو أوصى لأولاد رسول الله ﷺ العلوية والشيعية والفقهاء والعلماء وأصحاب الحديث صحت الوصية. وسأل الفقيه أبو جعفر عن رجل أوصى لأولاد رسول الله ﷺ فذكر أن ابا نصر بن يحيى كان يقول: الوصية لأولاد الحسن والحسين ولا تكون لغيرهما وأما العمرية فهل يدخلون في هذه الوصية؟ قال: ينظر كل من كان ينسب إلى الحسن والحسين ولا يكون لغيرهما، فأما العمرية فهل يدخلون في هذه الوصية ويتصل بما في هذه الوصية لأنه كان رضي الله عنه زوج ابنتيه من ولد عمر رضي الله عنه. وأذا أوصى للعلوية فقد حكى عن الفقيه أبي جعفر أنه لا يجوز لأنهم لا يحصون وليس في هذا الاسم ما ينبيء عن الفقر أو ذي الحاجة. ولو أوصى لفقراء العلوية يجوز وعلى هذا الوصية للفقهاء لا تجوز، ولو أوصى لفقرائهم يجوز، وقد حكي عن بعض مشايخنا أن الوقف على معلمي الصبيان في المساجد يجوز لأن عامتهم فقراء والفقر فيهم هو الغالب فصار حكم غلبة الفقر كالمشروط. قال الشيخ الإمام شمس الأمة الحلواني: كان

....

الإمام القاضي يقول على هذا القياس: إذا أوصى لطلبه علم كورة كذا أو لطلبة علم كذا يجوز، ولو أعطى الوصي واحداً من فقراء الطلبة أو من فقراء العلوية جاز عند أبي يوسف، وعند محمد لا يجوز إلا إذا صرف إلى اثنين منهم وإذا أوصى للشيعة ومحبيه قال محمد: اعلم بأن كل مسلم شيعة ومحب لآل رسول ﷺ، وأما ما وقع عليهم الوهم من أنهم الذين يعرفون بالميل إليهم وصاروا موسومين بذلك دون غيرهم فقد قيل الوصية باطلة قياساً إذا كانوا لا يحصون، وإذا أوصى لفقراء الفقهاء حكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال: الفقيه عندنا من بلغ من الفقه الغاية وليس المتفقة بفقيه. وليس له من الوصية بنصيب قال الفقيه أبو جعفر: إنه لم يكن في بلدنا أحد يسمى فقيهاً غير أبي بكر الأعمش شيخنا. وقد أهدى أبو بكر الفارسي مالاً كثيراً لطلبة العلم حين نادوه في مجلس أيها الفقيه. وإذا أوصى لأهل العلم ببلدة كذا فإنه يدخل فيه أهل الفقه وأهل الحديث ولا يدخل من يتعلم الحكمة. وفي الخانية: ولا يدخل من يتعلم الحكمة مثل كلام الفلسفة وغيره لأن هؤلاء يسمون المتفلسفة لا طلبة علم وهل يدخل فيه المتكلمون؟ فلا ذكر لهذه المسألة أيضاً في الكتب. وعن أبي القاسم أن كتب الكلام ليست كتب علم يعني في العرف ولا يسبق إلى الفهم فلا يدخل تحت كتب العلم، فعلى قياس هذه المسألة لا يدخل في الوصية المتكلمون. وإذا أوصى بثلث ماله على فقراء طلبة العلم من أصحاب الحديث الذين يختلفون إلى مدرسة منسوبة في كورة كذا فالمتعلم للفقه إذا لم يكونوا من جملة أصحاب الحديث لا يتناول شفعوي المذهب ويتناول من يقرأ الأحاديث ويسمع ويكون في طلب ذلك، سواء كان شفعوي المذهب أو حنفي المذهب أو غير ذلك، ومن كان شفعوي المذهب إلا أنه لا يقرأ الأحاديث ولا يسمع ولا يكون في طلب ذلك لا يتناوله اسم أصحاب الأحاديث قال في المحيط: ولو أوصى لبني فلان فإن كانوا يحصون فالوصية باطلة لأنا عجزنا عن تنفيذ هذه الوصية لأنه لا يمكنه تنفيذها للكل لأنهم لا يحصون فبطلت الوصية كما لو أوصى لواحد من عرض الناس بخلاف ما لو أوصى للفقراء لأن الوصية للفقراء وقعت لله تعالى والفقراء مصارف ولهذا لا يرتد بردهم وجاز صرفها إلى الواحد منهم عند أبي يوسف لأنه واحد معلوم فوقعت الوصية له بخلاف الوصية لبني فلان لأنها تناولت الأغنياء كما تناولت الفقراء فيقع للغني لا للّه تعالى حتى ترتد برده ولو أوصى لبني فلان وهم لا يحصون، فإن كانوا فقراء جازت الوصية لأنها وقعت للّه تعالى، وإن كانوا أغنياء لا يجوز لأنها وقعت للعباد وقد تعذر تنفيذها، ثم لا يخلو إما إن كان فلان أبا قبيلة أو فلان أب أو جد فإن كان فلان أبا قبيلة وهم ذكور وإناث فالثلث بينهم بالسوية إن كانوا يحصون لأن النساء إذا اختلطن بالرجال يدخلن في خطاب الرجال قال الله تعالى ﴿أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ [البقرة: ٤٣] وقد تناول ذلك الرجال والنساء جميعاً وقوله تعالى ﴿فإن كان له أخوة فلامه السدس﴾ [النساء: ١١] وقد تناول الذكور والإناث. فإن كن إناثاً خلصاً لم يذكره في

....

الكتاب وقالوا: على قياس تعليل محمد لهذه المسألة يكون الثلث لهن لأنه ذكر وقال: يحسن أن يقال هذه المرأة من بني فلان إذا كان فلان أباً وجداً وله أولاد بنات فلا شيء لهن، وإن كانوا ذكوراً وبنات فالثلث للذكور خاصة عند أبي حنيفة، وعندهما للذكور والإناث.

وذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو الأصح، وعند محمد يدخل الإناث. لمحمد أن الإناث متى اختلطت بالذكور يتبعن الذكور ويغلب الذكور على الإناث فإنه يقال بنو آدم وبنو هاشم وبنو تميم فإنه يتناول الذكور والإناث ولهذا لو أوصى لإخوة فلان دخل الإخوة والأخوات تحت الوصية لما ذكرناه من الآية. لهما أن حقيقة هذا اللفظ يطلق على الذكور خاصة وإنما يطلق على الذكور والإناث حالة الاختلاط مجازاً والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن مع أن في استعمال هذا المجاز اشتراكاً لأن فلاناً إذا كان أباً أو جداً فكما يذكر اسم الأب ويراد به الذكور والإناث يذكر ويراد به الذكور خاصة دون الإناث لأنه قد تخلو أولاده عن الإناث، وإطلاق هذا الاسم على الذكور خاصة حقيقة مستعملة وعلى الإناث خاصة مجاز غير مستعمل فحالة الاختلاط وقع الشك في دخول الإناث تحت الوصية فلا يدخل بالشك بخلاف ما لو أوصى لبني تميم لأن المقصود ليس هو الأعيان والأشخاص وإنما المقصود مجرد الأسباب والوصية للإخوة على هذا الخلاف تكون وصية للأخوة دون الأخوات عندهما لأن اسم الإخوة لا يتناول الأخوات بحقيقته بل بمجازه ولهذا قال الله تعالى ﴿وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١٧٦] فقد فسر الإخوة بالرجال والنساء، ولو تناول اسم الإخوة الأخوات لم يحتج إلى هذا التفصيل. ولو وجد في الوصية مثل هذا التفسير بأن قال بإخوة فلان رجالاً ونساء دخلت الأخوات فيها وليس لولد الولد شيء. وإن كانوا مع ولد الصلب وإن لم يكن لفلان ولد صلب فالوصية لابن ابنه دون بنات ابنه لأن ولد الابن بيسمى ولداً إلا أنه ناقص في الإضافة والانتساب إليه لأنه يضاف إليه بواسطة والناقص لا يدخل تحت مطلق اسم المضاف كأولاد البنات فعند الإطلاق يحمل على ولد الصلب لأنه أحق بهذا الاسم فإن تعذر حمله على الحقيقة حمل على المجاز تحرياً للجواز ولأن ابن الابن قائم مقام ابن الصلب حال عدم الصلب في الميراث حجباً واستحقاقاً، وسقط اعتبار نقصان الإضافة إليه شرعاً فكذلك الوصية لأنها أخت الميراث. ولو أوصى لبني فلان بالثلث ولم يكن لفلان بنون يوم الوصية فهو لبنيه الذين حدثوا قبل موت الموصي لأن الوصية تمليك من الموصي للموصى له بعد الموت فيعتبر وجود الموصى له وقت موت الموصي ولهذا صحت الوصية بثلث ماله، وإن لم يكن له مال عند الوصية وإن كان لفلان بنون أربعة وولد له أخر إن ثم مات الموصي فالثلث للباقين وللمولودين سواء لأنه متى أضاف الوصية إلى بني فلان مطلقاً ولم يسهم تقع الوصية لبنيه الموجودين وقت الموت لا لبنيه الموجودين وقت الوصية لأن الوصية تمليك مضاف على ما بعد الموت فيعتبر الملك وقت الموت حتى لو قال

....

أوصيت بالثلث لبني فلان هؤلاء وسماهم تقع لبنيه الموجودين وقت الوصية حتى تبطل بموتهم ولا يكون لبنيه الموجودين عند الموت. ولو قال لولد فلان دخل الذكور والإناث لأن الولد يتناول الكل حقيقة وكذلك الجنين لأنه ولده، وإنما تصح الوصية للجنين بشرط أن ينفصل حياً. وتعليق الوصية بالشرط والاحصار جائزة فإن الوصية بالمعدوم للمعدوم جائز وإن كان له بنات وبنو ابن فالوصية للبنات لأن اسم الولد يتناوله البنات الصلبية حقيقة وولد الابن مجازاً لأن الاسم مشتق من التوليد والتفرع والبنت الصلبية متولدة عنه حقيقة وولد الابن متولد بواسطة، فإن لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن الذكور والإناث سواء كان ولد الابن مضافاً أو منسوباً إليه بواسطة الأب، وفي الأضافة إليه نوع قصور فعند الإطلاق ينصرف الاسم إلى الولد الصلبي لأنه أحق، وعند عدمه يحمل على ولد الابن مجازاً، ولا شيء لولد البنت لأن ولد البنت غير منسوب إليه ومضاف إليه لأنه من جهة الأباء دون الأمهات على ما مر بشرحه في كتاب الوقف، ولو لم يكن له إلا ولد واحد فكل الثلث له لأن اسم الولد يتناول الواحد فصاعداً. ولو أوصى بالثلث لأكابر ولد فلان وله أولاد بعضهم أبناء سبعين وبعضهم أبناء ستين وبعضهم أبناء أربعين فالوصية لأبناء ما زاد على الخمسين أو في النصف الأول شيء فكذلك السيد إذا قال أكابر رقيقي أحرار. ولو قال ثلث مالي بين بني فلان وبني فلان ولأحدهما ثلاث بنين وللآخر واحد كان الثلث بينهم على عدد رؤوسهم، وإن لم يكن للآخر ابن رد نصف الثلث إلى الورثة. ولو قال بين أعمامي وأخوالي وله عم وخال فالثلث بينهم لأن أقل الجمع في باب الوصية والميراث اثنان لما بينا، وإن كان له عم واحد أو عمان وليس له خال رد نصف الثلث للورثة. ولو قال لأخواتي وله أخ واحد وهو يعلم أو لا يعلم فله نصف الثلث، ولو قال ثلث مالي لفلان ولبنيه وللمساكين فإذا لفلان ابن واحد فالثلث بينهما أرباعاً لفلان سهم ولابنه سهم وللمساكين سهم ويرجع سهم إلى الورثة لأنه قال لبني فلان والابن الواحد لا يكون بنين ويكون الابنان بني فلان لأن اسم الجمع يطلق على الابنين. ولو أوصى بثلثه لآل فلان أو لأهل بيت فلان وليس له بيت ولا قرابة فإنه يعطى الرجل الذي سماه وعياله الذي يعوله من ولده وتدخل امرأته فيهم. الفتاوى: رجل أوصى بثلث ماله لبني فلان وهم ثلاثة قبل موت الموصي؛ فإن كان أبوهم حياً فالثلث بينهما نصفان، وإن كان ميتاً بطل ثلث الوصية فالثلثان بينهما نصفان.

قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ لأن أباهم لو مات لا يبقى له ولد سواهما فانصرفت الوصية إلى عددهما فصار كأنه قال ثلث مالي لفلان وفلان فلما مات أحدهم بطلت وصيته. وإذا أوصى بثلثه لقرابة بني فلان وهم لا يحصون دخل مواليهم وموالي مواليهم وموالي الموالاة وحلفاؤهم يقسمه بين من يقدر عليه منهم بالسوية لأن كل فريق من هؤلاء ينسبون إلى فلان بالبنوة قال عليه الصلاة والسلام «إن مولى القوم منهم. وحليف القوم منهم» والحليف من

. . . .

والى قوماً ويحلفون له على الموالاة والقريب من يصير بغير حلف. وإن أعطى الكل أو واحداً منهم جاز عند أبي يوسف. وقال محمد: يعطيه ابنين فصاعداً لما يأتي في باب الوصية للفقراء وإن كان فلان أباً خاصاً وليس بأبي قبيلة ولا جد فالثلث لبنيه لصلبه ولم تدخل الموالي والحليف في الوصية لأن مواليهم أبعد إلى فلان من بني بنيه وبنو بنيه لا يدخلون تحت الوصية فالموالي أولى لأنهم لا ينسبون إليه إذا لم تكن القبيلة مضافة إليه. ولو أوصى ليتامى أو أرامل بني فلان فالوصية جائزة يحصون أو لا. قال في الأصل: واليتيم كل من مات أبوه ولم يبلغ الحلم غنياً كان أو فقيراً. وقول محمد حجة في اللغة لأنه من أرباب اللغة وهكذا قال الخليل، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام «لا يتم بعد الحلم»[1] ثم اليتيم في اللغة مأخوذ من اليتم وهو الانفراد والمباينة عن الشيء كما يقال هذه الدرة يتيمة لانفرادها عن أشكالها ونظائرها، وتسمى المرأة يتيمة مجازاً لانفرادها عن قوة القلب إلا أنه في عرف الشرع اسم لمن انفرد عن أبيه في حال صغره. والأرملة كل امرأة فقيرة فارقها زوجها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل، وقول محمد حجة، وهكذا قال صاحب الزاهر: والأرملة المرأة التي لا زوج لها مأخوذ من قولهم أرمل القوم إذا فني زادهم، والذكر يسمى أرملاً مجازاً. ثم اليتامى إن كانوا يحصون فالثلث بينهم بالسوية يدخل الغني والفقير فيه، وإن كانوا لا يحصون فهو للفقراء خاصة من يقدر عليهم منهم لأن اليتامى يذكرون ويراد بهم الفقراء المحتاجون قال الله تعالى ﴿واعلموا إنما غنمتم من شيء﴾ [الأنفال: ٤١] الآية ذكر اليتامى وأراد بهم المحتاجين. وبهذا تبين أن اسم اليتيم لغة مما ينبئ عن الحاجة فيكون هذا وصية بالصدقة والوصية بالصدقة وصية لله تعالى فتكون جائزة لأن الله تعالى معلوم فأنكر تخصيص المحتاجين إلى من يقوم مقامهم بإضافة الوصية إليهم تصحيحاً لعقده، ولو أعطاه واحداً فعلى الخلاف الذي مر، فإن أوصى بثلثه لأيامى بني فلان أو ثيب بني فلان أو أبكار بني فلان ولم يحصوا فالوصية باطلة لجهالة الموصى له وليس في اسم الأيم ما ينبئ عن الحاجة حتى يحمل على الوصية بالصدقة بخلاف الأرامل واليتامى على ما مر، فإن كن يحصين فهو بينهم بالسوية، والأيم كل امرأة لا زوج لها جومعت حراماً أو حلالاً، بلغت أو لم تبلغ، غنية أو فقيرة، وقال الكرخي وأبو القاسم الصفار: الجماع والأنوثة ليست بشرط لثبوت هذا الاسم حتى قالا بأن الرجل والبكر يدخلان تحت الوصية بدليل قول الشاعر:

إن القبور تنكح الأيامى   النسوة الأرامل اليتامى

والقبور كما تضم الثيب تضم البكر، والصحيح قول محمد لأنه حجة في اللغة هكذا قاله الخليل بن أحمد في العين. ولهذا قال عليه الصلاة والسلام «الأيم أحق بنفسها من وليها

(١) رواه أبو داود في كتاب الوصايا باب ٩.

فلان للذكر مثل حظ الأنثيين.

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبداً فإن خرج العبد من ثلثه

والبكر تستأمر في نسفها»[1] أعطف البكر على الأيم والمعطوف غير المعطوف عليه. قال رحمه الله: **(ولورثة فلان للذكر مثل حظ الأنثيين)** يعني لورثة فلان يدفع للذكر قدر حظ الأنثيين لأنه اسم مشتق من الوارثة. وترتب الاسم على المشتق يدل على العلية ألا ترى أن الله تعالى لما نص على الوراثة بقوله ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] ترتب الحكم عليهما حتى وجبت النفقة بقدرها، ثم شرط هذه الوصية أن يموت فلان الموصي لورثته قبل موت الموصي حتى يعرف ورثته منهم حتى لو مات الموصي قبل موت الموصى لورثته بطلت الوصية بخلاف ما إذا أوصى لولده، كان مع ورثته موصى له آخهر قسم بينهم وبينه على الرؤوس، ثم ما أصاب الورثة جمع وقسم بينهم ﴿للذكر مثل حظ الأنثيين﴾.

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ من بيان الوصية المتعلقة بالأعيان شرع في بيان الوصية المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لأن المنافع بعد الأعيان وجوداً فأخرها عنها وضعاً. قال رحمه الله: **(وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبداً)** لأن المنافع يصح تمليكها في حال الحياة ببدل أو بغير بدل، وكذا بعد الممات للحاجة كما في حكم الأعيان ويكون محبوساً على ملك الميت في حق المنفعة حتى يستوفيه الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه المنافع على حكم ملك الواقف. قال في الاختيار شرح المختار: وليس للموصى له أن يؤجرها لأنه ملك المنافع بغير بدل، والذي يملك أن يؤجر هو الذي يتملك المنافع بعوض. قال في الهداية: وليس له أن يخرج العبد من بلد الموصي إلا إذا كان الموصى له وأهله في بلد أخرى فيخرجه إلى بلده لخدمته لأن المقصود من الوصية الخدمة، ومتى أمكن توصله إلى الخدمة من بلد الموصي فلا يخرجه منها. وأفاد بقوله «مدة» «وأبداً» أنها تجوز مؤبدة ومؤقتة كما في العارية، وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له وذلك في عين تبقى والمنفعة عوض يعني وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة لأنها بدل المنفعة والمجوز للوصية بها الحاجة وهي تشمل الكل إذا الموصي يحتاج إلى التقريب إلى الله تعالى بما يقدر عليه، وكذا الموصى له محتاج إلى قضاء حاجته بأي شيء كان. قال رحمه الله: **(فإن**

(١) رواه أبو داود في كتاب النكاح باب ٢٥. الترمذي في كتاب النكاح باب ١٨. ابن ماجه في كتاب النكاح باب ١١. الموطأ في كتاب النكاح حديث ٤. أحمد في مسنده (١/ ٢١٩، ٢٦١).

سلم إليه ليخدمه فإن خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه وإلا خدم الورثة يومين

خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه) لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة فيه قال في الأصل: يجب أن يعلم بأن الوصية بخدمة الرقيق وسكنى الدار وغلة الرقيق والدور والأرضين والبساتين جائزة في قول علمائنا رحمه الله تعالى، وإذا جازت الوصية بخدمة الرقيق وسكنى الدور وغلة الرقيق فنقول: إذا أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولا مال له غيره فهذا على وجهين: إما أن تكون السنة معينة بأن قال أوصيت بخدمة هذا العبد مثلاً سنة سبعين وأربعمائة أو كانت غير معينة بأن لم يقل سنة كذا، وكل وجه من ذلك على وجهين: إما أن يكون العبد يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج من ثلث ماله، فإن أوصى له بخدمة عبده في سنة بعينها ومضت تلك السنة بعينها قبل موت الموصى بطلت الوصية، وإن مات الموصي قبل دخول تلك السنة التي عينها دخلت تلك السنة التي عينها ينظر إلى العبد، إن كان العبد يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج من ثلث ماله ولكن أجازت الورثة الوصية فإنه يسلم العبد الموصى به إليه حتى يستوفي وصيته، وإن كان لا يخرج العبد من الثلث ولم تجز الورثة الوصية فإن العبد يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها، فإذا مضت تلك السنة التي عينها سلم العبد للورثة. هذا إذا كانت السنة بعينها، وإن كانت السنة بغير عينها إن كان العبد يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج وقد أجازوا فيسلم العبد إلى الموصى له حتى يستخدمه سنة كاملة ثم يرده على الورثة، فإن كان العبد لا يخرج من ثلث ماله ولم تجز الورثة فإنه يخدم الموصى له بالخدمة، وكان يجب أن يعين السنة التي وجد فيها الموت. كل جواب عرفته فيما إذا أوصى له بخدمة عبده سنة فهو الجواب فيما إذا أوصى له بغلة داره سنة أو سكنى داره سنة عين السنة أو لم يعين السنة إلى آخر ما ذكرنا في الخدمة. وفي المنتقى برواية المعلى عن أبي يوسف: إذا أوصى لرجل بسكنى داره ولم يوقت كان ذلك ما عاش. وعن محمد عن أبي حنيفة: إذا أوصى بغلة عبده هذا لفلان ولم يسم وقتاً وهو يخرج من ثلث ماله فله غلته حال حياته، وإن كانت الغلة أكثر من الثلث، وكذلك الوصية بغلة البستان أو بسكنى الدار أو خدمة العبد وهو قول أبي يوسف ومحمد. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: إذا أوصى بخدمة عبده أو سكنى داره لعبد رجل جاز للعبد الموصى له ولا يجوز لمولاه ويسكن العبد الدار ولا يسكن مولاه، فإن مات العبد الموصى به بطلت الوصية، وإن بيع أو أعتق فبقية الوصية. وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل أوصى أن يخدم عبده فلان حتى يستغني، فإن كان فلان صغيراً خدمه حتى يدرك، وإن كان كبيراً فالوصية باطلة. قال: وإذا أوصى لهما بالسكنى فالسكنى بينهما بخلاف العبد فإنه يقسم الخدمة بينهما ولم يقسم العين. وفي الكافي: ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضاً إلا أن الأول. ولو أوصى له

....

بغلة عبده أو بثمرة بستانه فإنه يجوز، ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث الغلة والثمرة بخلاف الخدمة، وليس للورثة بيع ما في أيديهم من ثلثي الدار. وعن أبي يوسف أن لهم ذلك. ولو خرب ما في يده من الدار كان له أن يزاحم الورثة فيما في أيديهم. ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه وسكنها بنفسه؛ قيل يجوز ذلك قال: والأصح أنه لا يجوز وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤجر العبد أو الدار. وفي الظهيرية: وعليه الفتوى. وقال الشافعي: له ذلك. وإذا أوصى رجل بثمرة بستانه فهو على وجهين: إما إن قال أبداً أو لم يقل، فإن كان في بستانه ثمر وهو يخرج من ثلث ماله كان له ذلك ولم يكن له ما يحدث من الثمار بعد ذلك إلى أن يموت. هذا إذا كان في البستان ثمار قائمة يوم الموت، فأما إذا لم يكن في البستان ثمار قائمة بعد الموت فالقياس أن تبطل الوصية ولا تصرف الوصية إلى ما يحدث من الثمار بعد الموت، ولكن في الاستحسان لا تبطل الوصية ويكون للموصى له ما يحدث من الثمار بعد موت الموصي إذا كان البستان يخرج من ثلث ماله، وهذا الذي ذكرنا كله إذا لم ينص على الأبد، فأما إذا قال أوصيت لك بثمرة بستاني أبداً فحدث في البستان شجر من أصول النخيل وأثمر دخل غلة ذلك في الوصية، وإن قاسم الوصي الموصى له بثلث غلة البستان مع الورثة فأغل الذي لهم ولم يغل الذي له فإنه يشاركه ويشاركونهم في الغلة قال: وللورثة أن يبيعوا ثلثي البستان فيكون المشتري شريكاً للموصى له بالغلة بخلاف ما لو باعوا الكل فإنه لا يجوز البيع في حصة الثلث.

وفي المنتقى: إذا أوصى بسكنى داره لرجل ولا مال له غيرها قال أبو حنيفة: ليس للورثة أن يبيعوا الثلثين. وقال أبو يوسف: لهم أن يبيعوا الثلثين ولهم أن يقاسموا فيكون لصاحب الوصية الثلث. قال أبو حنيفة: لو كانت هذه الوصية بغلة الدار كان للموصى له ثلث الغلة ولم يكن لهم أن يقسموا الدار، فإذا خاف إذا قسمت أن لا تغل فليس له شيء، وقال أبو يوسف: يقاسموا فيكون له الثلث فإذا أغل فهو له، وإن لم يغل فليس له شيء وللورثة أن يبيعوا ثلثهم قبل القسمة وبعدها. وإذا أوصى الرجل لرجل بغلة أرضه وليس عليها نخل ولا شجر وليس له مال غيرها فإنها تؤجر فيعطى صاحب الغلة ثلث الأجر، وإن كان فيها شجر أعطي ثلث ما يخرج من النخيل ولا يدفع له مزارعة بالنصف أو الثلث. وإن كانت الزراعة إجارة الأرض إذا كان البذر من قبل العامل لأنها ليست بإجارة من كل وجه بل إجارة وشركة حتى إذا لم تخرج الأرض شيئاً لا يكون لصاحب الأرض شيء وقد ذكرنا أن الوصية باسم الغلة تنصرف إلى الإجارة من كل وجه ولم تنصرف إلى المزارعة. وإذا أوصى أن تؤاجر أرضه منذ سنين مسماة كل سنة بكذا وهي جميع ماله إنه ينظر إلى أجرتها، فإن كان سمى أجر مثلها وجب تنفيذ هذه الوصية وإن كان المسمى أقل من أجر مثلها، فإن كانت المحاباة بحيث تخرج من ثلث مال الميت فإنه تنفذ هذ الوصية، وإن كانت المحاباة بحيث لا

....

تخرج من ثلث مال الميت يقال للموصى له بالإجارة إن أردت أن تؤجر منك هذه الأرض فبلغ الأجر إلى تمام الثلثين، فإن بلغ تؤجر الأرض منه، وإن لم يبلغ لا تؤجر الأرض منه، وكان الجواب في الإجارة كالجواب فيما إذا أوصى أن تباع أرضه من فلان بكذا وذلك جميع ماله هناك إن كان المسمى مثل قيمة الأرض أو أكثراً أو أقل من قيمة الأرض بغبن يسير تباع منه، وإن كان بغبن فاحش، فإن كان المحاباة بحيث لا تخرج من ثلث ماله يقال للموصى له بالبيع إن أردت أن تباع منك هذه الأرض فبلغ الثمن إلى تمام ثلثي القيمة، فإن بلغ تباع الأرض منه وإن لم تبلغ فإنها لا تباع الأرض منه فكذا في الإجارة. ومن مشايخنا من قال: لا يجوز أن يكون الجواب في الإجارة كالجواب في البيع. ومنهم من قال: ما ذكره محمد من الجواب صحيح في الإجارة. وإذا أوصى وليس له بستان ثم اشترى بستاناً ثم مات فالوصية جائزة من الثلث، وإذا أوصى لإنسان بشاة من غنمه ولم يقل يوم الموت إن كان في ملكه يوم الوصية صحت الوصية وتعلق بها حتى إذا هلكت بعد ذلك بطلت الوصية، وإن لم يكن في ملكه غنم يوم الوصية كانت الوصية باطلة. ولو قال أوصيت لك بشاة من غنمي يوم الموت فالوصية جائزة، وإن لم يكن في ملكه غنم يوم الوصية وإذا أوصى رجل لرجل بغلة بستانه فأغل البستان سنة أو سنتين أو أكثر من ذلك قبل موت الموصي ثم مات الموصي فليس للموصى له من تلك الغلة شيء إنما يكون له من الغلة ما يكون في البستان يوم مات الموصي وما يحدث بعد موته في المستقبل إلى أن يموت الموصى له، فأما ما يوجد من غلة البستان قبل موت الموصي بعد الوصية فإنه لا يكون للموصى له من ذلك شيء. وإذا أوصى رجل لرجل بغلة بستانه ثم إن الموصى له بالغلة اشترى البستان من ورثة الميت فذلك جائز وتبطل وصيته. وكذلك لو لم تبعه الورثة ولكنهم تراضوا على شيء دفعوه إليه على أن يسلم الغلة ويبرأ منها فإن ذلك جائز، وكذلك الصلح عن سكنى الدار وخدمة العبد جائز، وإن كان بيع هذه الحقوق لا يجوز، وذكر مسألة الصلح عن مسألة النخيل. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: وذكر فيها القياس والاستحسان. وصورة ما ذكر عنه إذا أوصى بغلة نخلة ثلاث سنين وصالح عنها وقبض الدراهم منهم فالصلح باطل قياساً لأن هذا صالح عن مجهول لا يدري أيكون أو لا يكون لكن استحسن وأجيز هذا الصلح. وإذا أوصى رجل بغلة داره أو بغلة عبده للمساكين جاز ذلك من ثلث ماله، وإذا ثبت أن الوصية بالغلة الله تعالى جائزة كالمنفعة. وإذا أوصى بظهر دابته في سبيل الله لإنسان بعينه جازت هذه الوصية عندهم جميعاً، فأما إذا أوصى بظهر دابته في سبيل الله ولم يعين أحداً فإن المسألة على الخلاف؛ فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز وهو القياس في سبيل الله. وعلى قول محمد يجوز. سأل أبو بكر عمن أوصى بغلة كرمه لإنسان قال: يدخل فيه القوائم والأوراق والحطب والثمر ألا ترى أنه لو دفع الكرم معاملة فكل هذه الأشياء تكون بينهما كذا هذا.

....

وفي فتاوى أبي الليث: إذا أوصى بثمر كرمه ثلاث سنين للمساكين فمات ولم يحمل كرمه ثلاث سنين شيئاً قال نصير: بطلت الوصية. وفي النوازل: وليس على الورثة شيء بعد ذلك. وقال محمد بن مسلمة: يوقف ذلك الكرم وإن خرج من الثلث بتصدق بغلته ثلاث سنين قال الفقيه: قول محمد بن مسلمة موافق لقول أصحابنا فإنهم قالوا فيمن أوصى بخدمة عبده سنة لفلان وفلان غائب فمن رجع فإن العبد يخدمه سنة، فلو قال يخدمه هذه السنة فقدم فلان قبل مضي السنة بطلت الوصية كذلك الغلة. وفي العيون: إذا أوصى لرجل أن يزرع له في كل سنة في أرضه فالبذر والخراج والسقي على الموصى له، فإن أوصى له أن يزرع كل سنة عشرة أجربة فالبذر والسقي والخراج من مال الميت، ولو أوصى لرجل بثمر نخل قد بلغ أو زرع استحصد أو لم يحصد فالخرج على الموصى له، فالأصل فيه أن كل شيء لو أصابته آفة لم يلزم صاحب الأرض الخراج، فإذا أوصى به لغيره فعلى الموصى له الخراج، وكذلك لو أوصى بثمرة نخله أو زرع قد أدرك فخراجه على الموصى له. ولو قطع الثمرة وحصد الزرع ثم أوصى به لرجل فالخراج على الموصي ومما يتصل بهذا الفصل ما قال محمد في الجامع: رجل مات وترك عبداً لا مال له غيره وأوصى بخدمة عبده سنة لرجل وأوصى بخدمته سنتين لرجل آخر ثم مات ولا مال له غيره فللورثة أن يجيزوا ذلك لهم خدمة للعبد تقسم على تسعة أيام للورثة ستة أيام ولهما ثلاثة أيام، فإذا مضى ثلاث سنين سلم للورثة الميت رقبته ومنفعته لأنه مال الميت وقد خلا عن الدين والوصية فيكون للورثة. ولو كان العبد يخرج من ثلث المال أو لم يخرج بل أجازت الورثة ذلك قسمت خدمة العبد أثلاثاً يوماً للموصى له بالسنة ويومين للموصى له بالسنين فيحصل استيفاء الوصيتين وفي ثلاث سنين ولا حق لورثة في خدمة العبد. ولو كان أوصى لرجل بخدمة العبد سنة سبعين ومائة لآخر سنة إحدى وسبعين ومائة والخدمة والعبد لا تخرج من الثلث ولم تجز الورثة قسمت الخدمة في سنة إحدى وسبعين ومائة على ستة أيام للورثة أربعة أيام ولكل واحد من الموصى لهما يوم، وإذا مضت هذ الوصية تبطل وصية الموصى له بسنة سبعين، وفي سنة إحدى وسبعين تقسم خدمة العبد أثلاثاً على ثلاثة يوم للموصى له بسنة إحدى وسبعين ويومان للورثة، فإذا مضت هذه السنة بطلت الوصية. ولو كان العبد يخرج من الثلث أو لا يخرج لكن أجازت الورثة كانت خدمة العبد كلها في سنة سبعين له. وفي الجامع أيضاً: رجل أوصى لرجل بسكنى داره سنة وأوصى لآخر بسكناها سنتين ثم مات ولا مال له غير الدار وأبى الورثة أن يجيزوا ذكر أن الدار تقسم بينهم ثلثا الدار تسكنها الورثة، وثلث الدار يقسم بين الموصى لهما نصفين يسكن لكل واحد منهما سدس الدار حتى تمضي سنة، فإذا مضى سنة فالموصى له بسكنى الدار سنة يدفع السدس إلى الموصى لهما بسكنى الدار سنتين فيسكن ثلث الدار سنة أخرى ثم

والموصى له يوماً وبموته يعود إلى ورثة الموصي ولو مات في حياة الموصى بطلت وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمر وإن زاد ابداله هذه الثمرة وما يستقيل

تعود الدار إلى الورثة. وفي الظهيرية: ولو كانت الدار لا تتحمل القسمة كان الحكم فيها كالحكم في العبد، وهذا إذا لم تخرج الدار والعبد والثمرة من الثلث، فأما إذا خرج من الثلث أو أجازت الورثة قسمت الدار والغلة والسكنى كلها في السنة الأولى بين الموصى لهما نصفين، وفي الثانية كلها لصاحب السنتين. قال رحمه الله: **(فإن خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه)** لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة فيه وقد قدمنا ما فيه. قال رحمه الله: **(وإلا)** أي وإن لم يخرج من الثلث.

(خدم الورثة يومين والموصى له يوماً) لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين، ولا يمكن قسمة العبد لأنه لا يتجزئ فصرنا إلى المهايأة فيخدمهم أثلاثاً وقد قدمنا تفاصيل المسألة. قال رحمه الله: **(وبموته يعود إلى ورثة الموصي)** أي بموت الموصى له يعود العبد أو الدار إلى ورثة الموصى لأنه أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها أبداً من ملك الموصى بغير رضاه وذلك غير جائز. قال رحمه الله: **(ولو مات في حياة الموصى بطلت)** أي لو مات الموصى له قبل موت الموصى بطلت الوصية لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وفي الحال ملك الموصي ثابت فيه ولا يتصور تملك الموصى له بعد موته فبطلت وقد قدمناه. قال رحمه الله: **(وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمر وإن زاد ابداله هذه الثمرة وما يستقيل كغلة بستانه)** أي إذا أوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها، وإن قال له ثمرة بستاني أبداً كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش. وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة عليه وما يستقبل، فحاصله أنه إذا أوصى بالغلة استحق القائم والحادث، وإن أوصى بالثمرة لا يستحق إلا القائم إلا إذا زاد أبداً فحينئذ تصير كالغلة فيستحقه وهو المراد بقوله «وإن زاد أبداً له هذه الثمرة وما يستقبل» فيحتاج إلى الفرق بينهما. والفرق أن الثمر اسم للموجود عرفاً فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد فتتناول المعدوم والموجود بذكره عرفاً. وأما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود ولا يراد المعدوم إلا بدليل زائد عليه. وإنما قيده بقوله «وفيه ثمرة» لأنه إذا لم يكن في البستان ثمرة والمسألة بحالها فهي كمسألة الغلة في تناولها للثمرة المعدومة ما عاش الموصى له. وإنما كان كذلك لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم إلا مجازاً، فإذا كان في البستان عند موت الموصي صار مستعملاً في الحقيقة فلا يتناول المجاز، وإذا لم يكن فيه يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد فيتناولهما عملاً بعموم المجاز لا جمعاً بين الحقيقة والمجاز وقد قدمنا تفاصيله. قال رحمه الله: **(وبصوف غنمه وولدها ولبنها الموجود عند موته**

كغلة بستانه وبصوف غنمه وولدها ولبنها الموجود عند موته قال أبداً أولاً.

قال أبداً أولاً) أي إذا أوصى بهذه الأشياء كان له الموجود عند موته ولا يستحق ما سيحدث بعد موته. سواء قال أبداً أو لم يقل.، لأنه أيجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الأشياء عنده فهذا هو الحرف لكن جازت الوصية في الغلة المعدومة والثمرة والمعدومة على ما بينا لأنها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلأن تستحق بالوصية أولى لأنها أوسع باباً من غيرها. وكذا الصوف على الظهر، واللبن في الضرع، والولد الموجود في البطن يستحق بجميع العقود تبعاً ويجعل مقصوداً فكذا بالوصية. ثم مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة: منها ما يقع على الموجود والمعدوم وذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة إذا لم يكن في البستان شيء من الثمرة عند موته. ومنها على الموجود دون المعدوم ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر. ومنها ما يقع على الموجود والمعدوم إن ذكر الأبد وإلا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة. ولم يتعرض المؤلف للوصية بالكفن والدفن وبقراءة القرآن على القبور ونحوه فنذكر ذلك تتميماً للفائدة. قال في واقعات الناطفي: إذا أوصى بأن يكفن بألف دينار أو بعشرة آلاف درهم فله أن يكفن بالسوط الذي ليس فيه إسراف ولا تقتير ولا تضييق. وقال في موضع آخر: يكفن بكفن المثل وهو أن ينظر إلى ثيابه حال حياته للخروج للجمعة والعيدين والوليمة. وقيل للفقيه أبي بكر البلخي: لم اعتبرت ثياب الجمعة والوليمة ولم تعتبر ثياب البذلة كما قال الصديق الحي أحوج إلى الجديد من الميت؟ قال: ذلك في زمان لم يكن معه غيره. وفي النوازل سأل أبو القاسم عن امرأة صاحبه فراش أوصت ابنتها أن تكفنها بسنتين درهماً بما يساوي ثلاثمائة درهم قال: إن لم تفعل ذلك بإذن جميع الورثة وهم كبار ضمنتها جملة الثياب إن كانت الكل وضيعة ولا يحسب منها شيء، وإن كان البعض رفيعة دون البعض مما كان فيه يكفن مثلها لم تضمن وما زاد على ذلك ضمنته. وفي فتاوى الخلاصة: والمختار أنها متبرعة في الكل إن فعلت من مالها أو من التركة تضمن. وسأل أيضاً عمن أوصى بأن يكفن له بثمن كذا وفعل الموصى له ذلك فلا ضمان عليه ولو وجد ميراثاً وذلك الشيء للورثة. وسأل أبو بكر عن امرأة أوصت إلى زوجها أن يكفنها من مهرها الذي لها عليه قال: أمرها ونهيها في باب الكفن باطل. وفي فتاوى الخلاصة قال: وصيتها في تكفينها باطلة ولو لم تترك مالاً يكون كفنها في بيت المال دون الزوج بلا خلاف بين علمائنا. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا الجواب ظاهر الرواية عن أصحابنا. وروى خلف عن أبي يوسف أن الكفن على الزوج كالكسوة. وعن محمد أنه لا يجب قال: وبقول أبي يوسف نأخذ. قال الفقيه أبو بكر فيمن أوصى بأن يكفن في ثوب أن هذه الوصية باطلة. وفي الظهيرية: ولو أوصى أن يكفن في ثوب كذا ويدفن في موضع كذا فالوصية في تعيين الكفن وموضع القبر باطلة. وفي روضة

....

الزندوستي: إذا أوصى بأن يكفن في خمسة أثواب أو في ستة أثواب جازت وصيته ويراعى شرائطه. وفي الخلاصة: ولو أوصى بأن يدفن في مقبرة كذا تعرف لفلان الزاهد تراعى شرائطه، وإن أوصى بأن يدفن مع فلان لا يصح. وقال ابراهيم بن يوسف فمن مات ولم يترك شيئاً قال: إن مات وترك ثوباً واحداً يكفن فيه وإلا يسأل قدر ثوب ويكفن فيه ولا يسأل الزيادة رجلاً كان أو امرأة. قال الفقيه: هذا قول ابراهيم. وقال ابن مسلمة وغيره: يكفن في ثلاثة أثواب وكلا القولين حسن. أوصى بأن يدفن في داره فوصيته باطلة لأنه ليس في وصيته منفعة له ولا لأحد من المسلمين، فلو دفن فيها فهو كدفنهم بغير وصية يرفع الأمر إلى القاضي، فإن رأى الأمر يرفعه فعل، وإن أوصى أن يدفن في داره فهو باطل إلا أن يوصي أن تجعل داره مقبرة للمسلمين. وفي الخلاصة: ولو أوصى بأن يدفن في بيته لا يصح ويدفن في مقابر المسلمين، ولو أوصى بأن يصلى عليه فلان فقد ذكر في العيون أن الوصية باطلة، وفي الفتاوى العتابية وهو الأصح، وفي نوادر ابن سماعة أنها جائزة ويؤجر إن صلى عليه والفتوى على ما ذكر في العيون. وعن أبي يوسف إذا أوصى بثلث ماله في أكفان موتى المسلمين أو في حفر مقابر المسلمين أو في سقاية المسلمين قال: هذا باطل. ولو أوصى بثلثه في أكفان فقراء المسلمين أو في حفر مقابرهم فهذا جائز. وفي فتاوى الخلاصة: ولو أوصى بأن تتخذ داره مقبرة فمات فوارثه مخير في دفنه فيها. ولو أوصى بأن يتخذ داره خاناً ينزل فيه الناس يصح وعليه الاعتماد بخلاف ما لو أوصى بأن تتخذ سقاية. رجل مات ولم يوص إلى أحد فباعت امرأته داراً من تركته لكن بغير إذن سائر الورثة فالبيع في نصيبها جائز، وإن لم يكن على الميت دين محيط بعد ذلك ينظر إن كفنته بكفن مثله ترجع في مال الميت، وإن كفنته بأكثر من كفن المثل لا ترجع إلا بقدر كفن المثل. رجل أوصى بأن يكفن له من ثمن كذا فلم يفعل الوصي من ثمن كذا وكان وجد المشتري أو لم يجد لا يضمن الوصي ذلك الشيء، ولو اشترى الوصي كفناً فدفن فيه الميت فظهر فيه عيب فهو والوصي يرجعان على البائع بالنقصان الأجنبي لا يرجع. وإذا أوصى أن يدفن في مسح كان اشترى وتغل يده وتقيد رجله فهذه وصية بما ليس لمشروع فبطلت ويكفن كفن مثله ويدفه كما يدفن سائر الناس إذ دفن الميت في قبر فيه ميت آخر قال: إذا بلي الأول حتى لم يبق منه شيء من العظام وغيره يجوز، وإن بقي فيه العظام فإنه يهال عليه التراب ولا تحرك العظام ويدفن الثاني بقرب الأول إن شاؤوا ويجعل بينهما حاجز من الصعيد. ولو أوصى بأن يحمل بعد موته إلى موضع كذا ويدفن هناك ويبني هناك رباط من ثلث ماله فمات ولم يحمل إلى هناك قال أبو بكر: وصيته بالرباط جائزة ووصيته بالحمل باطلة. ولو حمله الوصي يضمن ما انفق في حمله قال الفقيه: هذا إذا حمل بغير إذن الورثة، ولو حمل بإذنهم وهم كبار فلا ضمان. إذا أوصى بأن يطين قبره ويوضع على قبره قبه فالوصية باطلة إلا أن يكون في موضع يحتاج إل التطيين

باب وصية الذمي

....

فيجوز. سأل أبو القاسم عمن دفع إلى ابنته خمسين درهماً في مرضه وقال إن مت أنا فأعمري قبراً بخمسة دراهم واشتري بالباقي حنطة وتصدقي بها قال الخمسة: الوصية بها لا تجوز وينظر إلى القبر الذي أمر بعمارته، فإن كان يحتاج إلى العمارة للتخصيص لا للزينة عمر بقدر ذلك والباقي يصدق على الفقراء، وإن كان أمر بعمارته على الحاجة التي لا بد منها فوصيته جائزة. وإذا أوصى أن يدفع إلى إنسان كذا من ماله ليقرء القرآن على قبره فهذه الوصية باطلة قال: إن كان القارئ معيناً ينبغي أن يجوز الوصية له على وجه الصلة دون الأجر قال أبو نصر: وكان يقول لا معنى لهذه الوصية لأن هذا بمنزلة الأجرة والإجارة في ذلك وهو بدعة ولم يفعلها أحد من الخلفاء، وقد ذكر مسألة قراءة القرآن على القبور في الاستحسان. سأل أبو النصر عن شيء يلقى في القبر بجنب الميت مثل المضربة ونحوها قال: لا بأس به وهو بمنزلة الزيادة في الكفن. وفي الخانية: وبعضهم أنكر ذلك وقال: إذا كان محشواً لا تبقى تحته والمحشو ليس من جنس الكفن فقد ذكر محمد في حق الشهيد ينزع عنه السلاح والفرو والحشو، ولو كان من جنس الكفن لما أمر بنزعه. وسأل أبو القاسم عمن أوصى أن نحفر عشرة أقبر قال: إن عين مقبرة ليدفن فيها الموتى فالوصية جائزة لأن ذلك عمارة المقبرة وأنها قربة، وإن كان الحفر لدفن أبناء السبيل وللفقراء من غير أن يبين موضعاً فالوصية باطلة. وفي الواقعات عن محمد: إذا أوصى بأن يحفر مائة قبراً استحسن ذلك في محلته ويكون على الكبير والصغير، وبعض مشايخنا اختاروا أنه لو لم يعين المقبرة لا يجوز. وإذا أوصى أن تدفن كتبه لم يجز إلا أن يكون فيها شيء لا يفهمه أحد ويكون فيه فساد فينبغي أن يدفن والكتب التي فيها الرسل وفيها اسم الله ويستغنى عنها صاحبها بحيث أن لا يقرأها واجب محموماً فيها من اسم الله ولم يحفر بها ويلقيها في الماء الجاري الكثير فلا بأس به وإن لم يفعل ودفنها في أرض ظاهرة ولا ينالها قذر كان حسناً، ولا يجوز أن يحرقها بالنار حتى يمحو ما كان من أسماء الله تعالى وأسماء رسله وملائكته. وفي الخانية وعن بعض أهل الفضل: رجل أوصى بأن تباع كتبه ما كان خارجاً من العلم وتوقف كتب العلم ففتش كتبه فكان فيها كتب الكلام فكتبوا إلى أبي القاسم الصفار أن كتب الكلام تباع لأنها خارجة عن العلم. وفي الظهيرية: فعلى هذا لو أوصى رجل لأهل العلم بشيء من ماله لا يدخل فيه أهل الأصول وقد ذكرنا شيئاً من هذه المسائل مع مسألة دفع المصحف في كتاب الاستحسان.

باب وصية الذمي

لما فرغ من وصية المسلمين شرع في وصية أهل الكتاب وترجم بالذمي لأنه ملحق

ذمي جعل داره بيعة أو كنيسة في صحته فمات فهي ميراث وإن أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث وبداره كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربي مستأمن بكل

بالمسلمين في المعاملات قال رحمه الله: (**ذمي جعل داره بيعة أو كنيسة في صحته فمات فهي ميراث**) لأنه بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا، وأما عندهما فلأن هذا معصية فلا يصح وإن كانت قربة في معتقدهم بقي إشكال على قول أبي حنيفة وهو أن هذا عندهم كالمسجد عندنا والمسلم ليس له أن يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمي كذلك لأنهم عنده يتركون وما يعتقدون. وجوابه أن المسجد محرز عن حقوق العباد فصار خالصاً لله ولا كذلك البيع في حقهم فلأنها المنافع الناس لأنهم يسكنون فيها ويدفنون فيها أموالهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان ملكه فيها تاماً وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضاً على ما يجيء بيانه. قال رحمه الله: (**وإن أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث**) أي إذا أوصى أن يبني داره بيعة أو كنيسة لمعينين فهو جائز من الثلث لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك فأمكن تصحيحها على اعتبار المعنيين. قال رحمه الله: (**وبداره كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربي مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمي**) يعني إذا أوصى بداره بأن تبنى كنيسة لقوم غير مسمين صحت كما تصح لحربي الخ. أما الأول وهو ما إذا أوصى إلى قوم مسمين فهو قول أبي حنيفة، وعندهما الوصية باطلة لأنها معصية حقيقة، وإن كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لأن تنفيذها تقرير للمعصية. ولأبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم فكذا عكسه. ثم الفرق لأبي حنيفة بين بنائها وبين الوصية بها أن البناء ليس بسبب لزوال الملك وإنما يزول ملك الباني بأن يصير محرزاً خالصاً لله تعالى كما في مساجد المسلمين، والكنيسة لا تحرز لله تعالى على ما بيناه فيورث عنه بخلاف الوصية لأنها وضعت لإزالة الملك غير أن ثبوت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث. قال مشايخنا: هذا فيما أوصى ببنائها في القرى، وأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لأنهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الأمصار. وعلى هذا الخلاف إذا أوصى بأن يذبح خنازيره ويطعم المشركين من غير تعيين لما ذكرنا، وإن كان لقوم معينين جاز بالاتفاق. فحاصله أن وصايا الذمي على ثلاثة أقسام وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندنا، وعندهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو بأن يغزي الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين أو غير معينين لأنه وصية بما هو قربة عندنا وفي معتقدهم أيضاً قربة. ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما إذا أوصى بما هو ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات أو أوصى بما هو قربة عندنا

ماله لمسلم أوذمي.

وليس في معتقدهم كما إذا أوصى بالحج وببناء المساجد للمسلمين أو بأن تسرج مساجدنا لأنه معصية عندهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح باعتبار التمليك. ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين ونحوه. فعند أبي حنيفة يجوز، وعندهما لا يجوز. فإن كان لقوم معينين يجوز في الكل على أنه تمليك لهم، وما ذكره من الجهة من تسريج المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الإلزام حتى لا يلزم أن يصرفوه في الجهة التي عينها هو بل يفعلون به ما شاؤوا ولأنه ملكهم والوصية إنما صحت باعتبار التمليك لهم. وصاحب البدعة إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لأنا أمرنا ببناء الأحكام على ظاهر الإسلام وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته.

قال صاحب الهداية في المرتدة: الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم فجعلها كالذمية. وقال السغناقي في النهاية: ذكر صاحب الكتابة في الزيادات الخلاف على هذا. وقال بعضهم: لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية. والفرق بينهما وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها، وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها ا هـ. وقال صاحب العناية بعد أن نقل هذا من النهاية: والظاهر أن لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وههنا الأصح وهما يصدقان ا هـ. أقول: هذا ليس بشيء إذ لا شك أن مراد من قال في الخلافيات هو الصحيح ترجيح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما أن مراد من قال هو الأصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح أدل على الترجيح من قوله هو الأصح، ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدقا معاً. قال الراجي عفو ربه: الأشبه أن تكون كالذمية تجوز وصيتها لأنها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها، وكذا الوصية كأنه أراد بقوله صاحب الكتاب صاحب الهداية. وذكر السغناقي أن من ارتد عن الإسلام إلى النصرانية أو اليهودية أو المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل إليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما، وأما عند أبي حنيفة فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالإجماع لأنها لا تقبل عندنا. وقال قاضيخان: المرتدة الصحيح أنها كالذمية فيجوز منها ما جاز من الذمية وما لا فلا. وأما الثاني وهو ما إذا أوصى الحربي لمسلم فلأنه أهل للتمليك منجزاً كالهبة ونحوها فكذا مضافاً، ولو أوصى بأكثر من الثلث أو بماله كله جاز لأنه امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس لورثته حق شرعي لأنهم أموات في حقنا، ولأن حرمه ماله باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته وليس لورثته حق شرعي وقد أسقط حقه فيجوز. وقيل: إذا كان ورثته معه لا يجوز بأكثر من الثلث إلا بإجازة منهم لأنه بالأمان التزم أحكامنا فصار كالذمي. ولو أوصى ببعض ماله نفذت الوصية في الثلث ورد الباقي لورثته، وكذا لو

باب الوصي وما يملكه

ولو أوصى إلى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد وإلا لا وبيع التركة كقبوله وإن مات

أوصى لمستأمن مثله. ولو أعتق عبده عند الموت أو دبره جاز ذلك كله من غير تقييد بالثلث لما بينا، وكذا إذا أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جاز لأنه ما دام في دار الإسلام كالذمي في المعاملات ولهذا تصح عقود التمليكات منه وتبرعاته في حال حياته فكذا عند مماته. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: وصية الذمي للحربي المستأمن لا تجوز لأنه في دراهم حكماً حتى يمكن من الرجوع إليها، والأول أظهر لأن الوصية تمليك مبتدأ ولهذا يجوز للذمي لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات. ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتباراً بالإرث لأن الكفر كاملة واحدة. ولو أوصى لحربي لا يجوز لأن الإرث ممتنع كتباين الدارين فكذا الوصية لأنها أخته، وعلى رواية الجامع الصغير ينبغي أن تجوز كالمسلم. ولو أوصى لمستأمن في دار الإسلام ينبغي أن يكون على الروايتين المذكورتين في المسلم والله أعلم.

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي، وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس. قال رحمه الله: **(ولو أوصى إلى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد)** يعني قبل عند الموصي لأن الموصي ليس له ولاية إلزامه التصرف ولا عذر من جهته لأنه يمكنه أن يوصي إلى غيره. قال في الذخيرة: المراد بـ«عنده» يعني بعلمه ورده بغير علمه سواء كان عنده أو في مجلس غيره. قال في المبسوط: مسألة مشتملة على فصول: فصل في حق الإيصاء وكيفيته، وفصل في قبوله ورده، وفصل فيمن يجوز إليه الإيصاء ومن لا يجوز، وفصل في عزله. الرجل إذا حضر الموت ينبغي أن يوصي ويكتب وصيته لقوله عليه الصلاة والسلام «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر يبيت إلا ووصيته تحت رأسه»[1] ويكتب كتاب الوصية هذا ما أوصى فلان بن فلان فإنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، وأن الجنة حق والنار حق، وأن الساعة آتية لا ريب فيه وأن الله يبعث من في القبور، وأن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين. أي في هذه الوصية لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «من كان آخر كلمته شهادة إلا لا إله إلا الله وأني رسول الله وجبت له

---

(١) رواه البخاري في كتاب الوصايا باب ١. مسلم في كتاب الوصية حديث ١. أبو داود في كتاب الوصايا باب ١. الترمذي في كتاب الجنائز باب ٥. ابن ماجه في كتاب الوصايا باب ٢. أحمد في مسنده (٢/ ٤، ١٠، ٥٠).

....

الجنة»[1] ثم يكتب وأنا العبد المذنب الضعيف المفرط في طاعته المقصر في خدمته المفتقر إلى رحمته الراجي لفضله والهارب من عدله، وترك من المال الصامت كذا، ومن الرقيق كذا، ومن الدور كذا، وعليه من الدين كذا إن كان عليه دين ويسمي الغريم واسم أبيه كيلا تجحد الورثة دينه فيبقى الميت تحت عهدته، ويكتب إن مت من مرضي هذا فأوصيت بأن يصرف مالي إلى وجوه الخيرات وأبواب البر تداركاً لما فرط في حياته وتزوداً وذخراً لآخرته، وأنه أوصى إلى فلان بن فلان ليقوم بقضاء ديونه وتنفيذ وصيته وتمهيد أسباب ورثته فعليه أن يتقي الله حق تقاته ولا يتقاعد في أموره في وصيته ولا يتقاصر عن إيفاء حقوقه واستيفائه، فإن تقاعد فإن الله تعالى حسب عليه ويشهد على ذلك. وإنما يصح الإشهاد إذا علم بما في الصك والشهادة على الوصية بدون العلم لا تجوز لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهدوا وإلا فدع. ولو قال الشهود بعد ما قرؤوا الصك نشهد عليك فحرك رأسه بنعم ولم ينطق لم تجز شهادتهم، فإن اعتقل واحتبس لسانه روي عن أبي يوسف أنه تجوز وتعتبر إشارته وهو قول الشافعي له أن الإشارة تقوم مقام العبارة حاله عجزه عن النطق والعبادة قياساً على الأخرس لأن العجز عن النطق متى تحقق يستوي فيه العارض والأصلي فيما تتعلق صحته بالنطق كالعجز عن القراءة فإنه تجوز صلاة الأخرس بغير قراءة وتجوز صلاة من اعتقل لسانه بغير قراءة فكذا هذا. ولنا أن الأشارة تدل على النطق والعبادة إنما تتصل إلى البدل حالة الياس عن النطق وهنا لم يقع اليأس عن النطق لأن اعتقال لسانه واحتباسه لا يدوم بل بعرض الزوال والانتقال في كل ساعة فلا تقوم الإشارة مقام العبارة، وأن الإشارة محتملة غير معلمة إلا أن في الأخرس تقدم منه إشارات مفهومة وآلة واضحة على مراداته الباطنة فزال الاحتمال عن إشاراته فقامت مقام نطقه وعبارته، وهنا لم يتقدم منه إشارات معلومة حتى يعلم بإشاراته مراداته فبقت إشارته محتملة غير مفهمة فلا تقوم مقام عبارته، فإما إذا طالت الغفلة أو الحبسة في لسانه ودام هل تعتبر أشارته؟ اختلف المشايخ فيه، قيل لا تعتبر اعتباراً للمعنى الأول وهو أنه لم يقع اليأس عن النطق فلا تقوم إشارته مقام عبارته، وقيل تعتبر وقد روي هذا أبو عمر والصغاني عن أبي حنيفة اعتباراً للمعنى الثاني لأنه لما طالت الغفلة صار له إشارة معهودة فتقوم مقام النطق كما في الأخرس وإضافة الوكالة إلى ما بعد الموت وصية لأن الإيصاء توكيل بعد الموت والوصاية قبل الموت وكالة. ولو أوصى إلى رجل في ماله كان وصياً فيه وفي ولده، وإذا أوصى إليه في أنواع وسكت عن نوع فالوصي في نوع يكون وصياً في الأنواع كلها عندنا خلافاً للشافعي لأنه لو لم تعم وصايته تقع الحاجة إلى نصب وصي آخر فجعل من اختاره الميت وصياً ببعض أموره وصياً في كلها

---

(١) رواه البخاري في كتاب الجنائز باب ١. أبو داود في كتاب الجنائز باب ١٦.

....

أولى من جعل غيره وصياً لأن الموصي لم يرض بتصرف غيره في شيء من الأمور ورضي بتصرف هذا في بعض الأمور لأنها استصلحه واستصوبه في الوصاية فكون هذا وصياً على العموم أولى. ولو قال لفلان وصي إلى أن يقدم فلان فهو كما قال، وذكر القدوري الأول وصي مع الثاني ولا يصح تخصيصه بزمان دون زمان، وجه ظاهر الرواية أن الإيصاء قابل للتوقيت لأنه توكيل أو إثبات ولاية وكلا الأمرين قابل للتوقيت فيتوقت وصاية الأول بقدوم فلان، فإذا قدم فلان انعزل الأول كما لو وكل وكيلاً إل أن يقدم فلان وصار الثاني وصياً لأنه علق وصية الأول بالشرط وتعليق الأيصاء بالشرط جائز لأنها وكالة، وتعليق الوكالة والنيابة بالشرط جائز كما لو قال إن سافرت فأنت وكيلي في أمري صح كما لو قال أوصيت إلى عمر وما لم يقدم زيد وسكت فقدم زيد كان عمرو وصياً بعد قدوم زيد وكان أقام عمراً وصياً لأنه مختار الميت ووصيه أولى من إقامة غيره بخلاف ما لو قال أوصيت إلى عمر ما لم يقدم زيد فإذا قدم زيد فقد أوصيت إلى زيد كان كما قال لأنه لم يبق عمرو وصياً معه بعد قدوم زيد فإنه لا يحتاج إلى إقامة من ليس بمختار الميت مقام عمرو، ولا بد من قبول الموصى له لأنه متبرع بالعمل له ويلحقه ضرر العهدة فلا بد من قبوله والتزامه. وإذا أوصى إليه فقبل قبل موته أو بعده ثم رد لم يخرج لأن الموصي ما أوصى إلا إلى من يعتمد عليه من الأصدقاء والأمناء، فلو اعتبر القبول بعد الموت فربما لا يقبل فلا يحصل غرضه وهو الوصي الذي اختاره.

وقيل: لو صح رده بعد الموت تضرر به وصار مغروراً من جهته لأنه اعتمد على قبوله بأن يقوم بجميع التصرفات بعد وفاته والوصي بقبول الوصاية التزم ذلك بمحضر منه، فلو صح رده وقع الموصي في ضرر ويصير مغروراً من جهة الوصي فصارت الوصاية لازمة عليه شرعاً بالتزامه نظراً للموصي دفعاً للضرر عنه بخلاف الوصية بالمال لأن ثمة لو لم يصح رده بعد موته لا يتضرر الميت لأنه يعود الثلث إلى الورثة بل الضرر على الموصى له. ولو قبل في حياة الموصي ثم رده في حياته مواجهة يصح ولا يصح بدون محضر الموصي أو علمه لما فيه من الغرور كما في الوكيل لأن الموصي طلب منه الإلتزام بعد الوفاة لا حالة الحياة ولا يمكنه في الأخيرة أن يوصي إلى غيره فتضرر به، ولو لم يقبل في حياته فهو بالخيار بعد موته إن شاء قبل، وإن شاء رد لأن هناك الميت مغرور وهنا ليس كذلك لأنه يمكنه أن يسأل أن يقبله أو لا يقبله، فإذا لم يفعل واعتمد على أنه يقبله بعد موته ولم يوص إلى غيره فقد قصر في أمره فصار مغتراً من جهة نفسه لا مغروراً من جهة الوصي، والقبول تارة يكون بالقبول وتارة الفعل، فالقبول بالفعل كتنفيذ في وصيته أو شراء شيء للورثة أو قضاء دين كقبوله بالقول إذا الوصاية قد تمت وتقررت بموت الموصي شرعاً فإنها لا تقبل البطلان من جهة الموصي إلا أن للموصى له ولاية الرد حتى لا يلزمه ضرر الوصاية بغير رضاه، وليس من صيرورته وصياً

....

بغير علمه ضرر على الوصي إذا كانت له ولاية الرد والإبطال كمن أقر لغيره بمال يثبت حكمه حتى لو مات المقر قبل القبول توقف على قبول المقر له، فإذا تصرف الوصي في التركة تصرفاً يدل على قبوله تلزمه الوصاية لأنه لا يقدر على الرد إلا برد التصرف ولا يمكنه رد التصرف فلا يبقى له الرد لزمته الوصاية ضرورة. وعن أبي يوسف في المنتقى: الدخول في الوصية أول مرة غلط، والثاني خيانة. والثالث سرقة فإذا ظهرت من الوصي خيانة عزله القاضي ونصب آخر لأن الأمانة في الإيصاء أصل لأن منفعة الإيصاء وفائدتها تحصل بها. ثم الأوصياء ثلاثة: عدل كاف، وغير عدل كاف، وفاسق مخوف على ماله. فالعدل الكافي لا يعزله القاضي وإن عزله ينعزل وصار جائراً لأن للقاضي سطوة يد وولاية شاملة على الكافة خصوصاً على مال الميت والصغار فيكون عزل القاضي كعزل الميت لو كان حياً. قال صاحب الفصولين: المختار عندي أنه لا ينعزل، ولو لم يعلم القاضي أن للميت وصياً والوصي غائب فأوصى إلى رجل فالوصي هو وصي الميت دون وصي القاضي لأنه اتصل به اختيار الميت دون وصي القاضي كما إذا كان القاضي عالماً والعدل الذي ليس بكاف أو ضعيف لا يقدر على التصرف وحفظ التركة بنفسه يضم إليه غيره ولا يعزله لاعتماد الموصى عليه لأمانته وصيانته حتى لا ينقطع عن الميت منفعة عدالته ويضم إليه آخر حتى يزول ضرر عدم كفايته وهدايته. والفاسق المخوف على ماله بعزله القاضي ونصب آخر مكانه لأن في إبقائه على الوصية إضراراً بالميت والميت لا يقدر على عزله فقام القاضي مقامه في العزل. وفي الفتاوى: ولو قال الوصي لي على الميت دين ولا بينة له قيل بأن للقاضي أن يخرجه من الوصاية لأنه يستحل الأخذ من مال الميت، وقيل لا يخرجه إلا إذا ادعى شيئاً بعينه أخرجه من يده، والمختار أن القاضي يقول للموصى له إما أن تقيم البينة عليه حتى تستوفي، وإما أن تبرئه من الدين، وأما إن أخرجك من الوصاية فإن أبرأه وإلا أخرجه. وذكر الخصاف في آداب القاضي أن للقاضي أن يجعل للميت وصياً آخر في مقدار ذلك الدين خاصة حتى يقيم الأول البينة على الوصي لأن البينة لا تقبل إلا على الخصم ولا يخرجه من الوصاية. مريض قال لآخر اقض ديوني صار وصياً في قول أبي حنيفة. وقال محمد: ما لم يقل أقض ديوني ونفذ وصاياي لا يصير وصياً. سأل نصير بن يحيى عن قوم ادعوا على الميت ديناً ولا بينة لهم والوصي يعلم ذلك قال: يبيع الوصي بعض التركة من الغريم ثم يجحد الغريم الثمن فيصير قصاصاً عن ماله، وإن كانت التركة متاعاً أودعهم ثم يجحدون. وقال نصير بن أبي سليمان: وصي شهد عنده عدل أن لهذا على الميت ألف درهم قال يسعه أن يعطيه بقوله، وإن خاف الضمان وسعه أن لا يعطيه فإن كان هذا شيئاً بعينه كجارية ونحوها فعلم الوصي أنها لهذه أو كان الميت غصبها قال: هذا يدفعها إلى المغصوب منه.

قال رحمه الله: **(وإلا لا)** أي إن لم يرد عنه بل ردها في غير وجهه لا ترتد لأن الوصي

الموصي فقال لا أقبل ثم قيل صح إن لم يخرجه قاض منذ قال لا أقبل والى عبد وكافر

مات معتمداً عليه ولم يصح رده في غير وجهه لأنه صار مغروراً من جهته فيرد رده عليه فيبقى وصياً على ما كان كالوكيل إذا عزل نفسه في غيبة الموكل ولم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء رد لأن الموصي ليس له ولاية الزامه فيكون مخيراً. قال في الهداية: بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه احترازاً عن الوكيل بشراء عبد بعينه لأنه لا يملك عزل نفسه فاعتبر علم الموكل كما في الوصي لأنه يؤدي إلى غرور الموكل بخلاف ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ، وإليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله «ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل» على هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه قول صاحب الهداية مخالفاً لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشيء لأن مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه، ومراد صاحب الهداية هنا ما إذا كان وكيلاً بشراء شيء بغير عينه فتوافقت الروايات جمعاً ولم تختلف؛ إلى هنا كلام صاحب الغاية، وإلى هذا مال صاحب العناية أيضاً كما يظهر من تقريره في شرحه. قال رحمه الله: **(وبيع التركة كقبوله)** شرع المؤلف يبين أن القبول تارة يكون باللفظ، وتارة يكون بالفعل، فالقبول بالفعل بأن يبيع الوصي التركة قبل القبول باللفظ فهو قبول دلالة الإلتزام وهو معتبر بالموت، وينفذ البيع لصدوره من الموصي، سواء علم بالإيصاء أو لم يعلم، بخلاف الوكيل حيث لا يكون وكيلاً من غير علم لأن التوكيل إنابة في حال قيام ولاية الموكل ولا يصح من غير علم كإثبات الملك في البيع والشراء فلا بد من العلم وطريق العلم به أن يخبره واحد من أهل التمييز وقد تقدم بيانه، أما الإيصاء فخلافه لأنه مختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالوراثة. قال رحمه الله: **(وإن مات الموصي فقال لا أقبل ثم قيل صح إن لم يخرجه قاض منذ قال لا أقبل)** أي الموصى إليه إن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل لأن مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء لأن فيه ضرراً بالميت وضرر الموصى له في الإبقاء مجبور بالثواب، ودفع الضرر الأول أولى إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصيه يصح ذلك لأنه مجتهد فيه فكان له إخراجه بعد قوله لا أقبل كما أن له اخراجه بعد قبوله أولاً لأنه نصب ناظراً فإذا رأى غيره أصلح منه كان له عزله ونصب غيره، وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر بالوصية فيدفع القاضي الضرر وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه فيدفع الضرر من الجانبين. ولو قال أقبل بعدما أخرجه القاضي لا يلتفت إليه لأنه قبل بعدما بطلت الوصية بإخراج القاضي إياه. قال في العناية: وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى إليه فإن قبول الأول في الحال غير معتبر حتى لو قبل حال

....

حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحاً بخلاف الثاني فإنه إذا قبله في حال الحياة ثم رده بعد الموت لا يصح، وفي أن قبوله حال حياته معتبر وقبول الأول في حال الحياة غير معتبر. وأجيب بأن الإيصاء يقع للميت فكان ردها بغير علمه إضراراً به فلا يجوز بخلاف الأول. وقوله بخلاف الوكيل بشراء عبده بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غيبته وبغير علمه لأنه لا ضرر. قال صاحب النهاية: هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للمحبوبي، وفي كل واحد منهما ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن الوكالة حال غيبة الموكل وقول المؤلف «إن لم يخرجه قاض إلى آخره» اختلف المشايخ في هذا الإخراج قال في العناية: فمنهم من قال حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ وإليه ذهب الإمام السرخسي واختاره المصنف، ومنهم من قال إنما صح لأنها لو صحت بقبوله كان للقاضي أن يخرج ويصح الإخراج فهذا أولى وإليه ذهب الحلواني.

قال رحمه الله: **(والى عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم)** أي إذا أوصى إلى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضي ويستبدل غيرهم مكانهم. وأشار المصنف إلى شروط الولاية: فالأول الحرية، والثاني الإسلام، والثالث العدالة. فلو ولي من ذكر صح ويستبدل غيره، وذكر القدوري أن للقاضي أن يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على أن الولاية صحيحة لأن الإخراج يكون بعد الدخول. وذكر محمد في الأصل أن الوصية باطلة قيل معناه ستبطل، وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وفي غيره معناه ستبطل، وقيل في الكافر باطلة أيضاً لعدم ولايته على المسلم. ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من أصلنا، وولاية الكافر تتم في الجملة إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة مولاه وتمكنه من الحجر بعدها والمعادة الدينية دالة على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم إتماماً للنظر. وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً منه على المال لأنه يكون عذراً في إخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما إذا أوصى إلى مكاتبه أو مكاتب غيره حيث يجوز لأن المكاتب في منافعه كالحر وإن رد بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن، والصبي كالقن لو بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر لم يخرجهم القاضي عن الوصية. وإذا تصرف الصبي أو العبد أو الذمي قبل أن يخرجهم القاضي من الوصاية هل ينفذ تصرفهم؟ اختلف فيه المشايخ؛ فمنهم من قال ينفذ، ومنهم من قال لا ينفذ وهو الصحيح. ولو أوصى إلى عاقل فجن جنوناً مطبقاً قال أبو حنيفة: ينبغي للقاضي أن يجعل مكانه وصياً للميت، فإن لم يفعل القاضي حتى أفاق الوصي كان وصياً على حاله. وفي نوادر إبراهيم عن محمد: إذا أوصى إلى رجل فقال إن مت أنت فالوصي بعدك

وفاسق بدل بغيرهم والى عبده وورثته صغار صح وإلا لا ومن عجز عن القيام ضم

فلان فجن الأول جنوناً مطبقاً فالقاضي يجعل مكانه وصياً حتى يموت الذي جن فيكون الذي سماه الموصى وصياً فقد ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله في نوادره فيمن أوصى إلى ابن صغير له قال؛ يجعل القاضي له وصياً يجوز أمره، وإذا بلغ ابنه جعله وصياً وأخرج الأول إن شاء ولا يخرج إلا بالإخراج. قال رحمه الله: **(والى عبده وورثته صغار صح)** أي إذا أوصى إلى عبد نفسه وورثته صغار جاز الإيصاء إليه، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لا يجوز وهو القياس لأن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها ولان فيه الولاية للمولك على المالك وفي هذا قلب المشروع، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزئ في اعتبار هذه الولاية تجزؤها لا يملك بيع رقبته وهذا خلاف الموضوع. ولأبي حنيفة أنه مخاطب مستند بالتصرف فيكون أهلاً للوصاية وليس لأحد عليه الولاية فإن الصغار وإن كانوا ملاكاً فليس لهم ولاية التصرف فلا منافاة. فإن قيل: إن لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة أجيب بأنه إذا ثبت الإيصاء لم يبق للقاضي ولاية بخلاف ما إذا كان في الورثة كبار أو أوصى إلى عبد الغير لأنه لا يستبد إذا كان للمولى منعه بخلاف الأول لأنه ليس له بيعه وإيصاء المولى إليه يؤذن بكونه ناظراً لهم فصار كالمكاتب والوصايا قد تجزأ على ما رواه الحسن عن أبي حنيفة كما إذا أوصى لرجلين أحدهما يكون في الدين والآخر في العين فيكون كل واحد منهما وصياً فيما أوصى إليه خاصة أو نقول يصار إليه كيلا يؤدي إلى إبطال أصله، وتعيين الوصف بإبطال عموم الولاية أولى من إبطال أصل الإيصاء، وقول محمد فيه مضطرب ويروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف. قال رحمه الله: **(وإلا لا)** يعني إن لم تكن الورثة صغاراً بأن كانوا كلهم أو بعضهم كباراً لا يجوز الإيصاء لأن الكبير له أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفسد. قال رحمه الله: **(ومن عجز عن القيام ضم إليه غيره)** لأن في الضم رعاية الحقين حق الوصي وحق الورثة لأن تكميل النظر يحصل به لأن النظر يتم بإعانة غيره، ولو شكى الوصي إليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكي قد يكون كاذباً على نفسه، ولو ظهر للقاضي عجزه أصلاً استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين، ولو كان قادراً على التصرف وهو أمين فيه ليس للقاضي أن يخرجه لأن مختار الميت، ولو اختار غيره كان دونه فكان إبقاؤه أولى ألا ترى أنه قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره، وكذا إذا شك الورثة أو بعضهم الوصي إليه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة لأنه استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة فاتت الأمانة، والميت إنما اختاره لأجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها، ولو كان حياً لأخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كأنه مات ولا وصي له.

إليه غيره ويبطل فعل أحد الوصيين إلا في التجهيز وشراء الكفن وحاجة الصغار

قال رحمه الله: **(ويبطل فعل أحد الوصيين)** أي إذا أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف في مال الميت، فإن تصرف فيه فهو باطل وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف. ثم قيل: الخلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد، وأما إذا أوصى إليهما معاً أو أوصى إليهما بعقد على حدة ومحل الخلاف إذا كان ذلك في عقدين، وأما إذا كان في عقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالإجماع فكذا ذكره الكيساني. وقيل: الخلاف في الفصلين جميعاً ذكره أبو بكر الإسكاف. وقال في المبسوط: وهو الأصح. ولا يخفى أن المراد من البطلان التوقف على إجازة الآخر أو رده بخلاف الوكيلين إذا وكلهما متفرقاً حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالإجماع. والفرق أن ضم الثاني في الأيصاء دليل على عجز الأول عن المباشرة وحده وهذا لأن ضم الإيصاء إلى الثاني يقصد به الاشتراك مع الأول وهو يملك الرجوع عن الوصية للأول فيملك اشتراك الثاني معه، وقد يوصي الإنسان إلى غيره على أنه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم إليه غيره فصار بمنزلة الإيصاء إليهما معاً ولا كذلك الوكالة، فإن رأى الموكل قائم. ولو كان الوكيل عاجزاً لباشر بنفسه لتمكنه من ذلك، ولما وكل علم أن مراده أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف، ولأن وجوب الوصية عند الموت فيثبت لهما معاً بخلاف الوكالة المتعاقبة، فإذا ثبت أن الخلاف فيهما معاً فأبو يوسف يقول: إن الوصايا سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزئ فيثبت كل واحد كاملاً كولاية الإنكاح للأخوين وهذه لأن الوصايا خلافة وإنما تتحقق الخلافة إذا انتقلت إليه كذلك فلأن اختيار الموصي أيهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة إليه. ولهما أن الولاية تنبت عند الموت فيراعى وصف ذلك وهو وصف الاجتماع لأنه شرط مفيد لأن رأي الواحد لا يكون كرأي الاثنين ولم يرض الموصي إلا بالأثنين فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به لحكم فكان باطلاً بخلاف الأخوين في النكاح لأن السبب هناك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملاً، ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيراً في التصرف، ففي الولين أولى حتماً على صاحبه وفي الوصيين استوفى حقاً لصاحبه فلا يصح نظير الأول إيفاء دين عليهما. ونظير الثاني استيفاء دين لهما حيث يجوز في الأول دون الثاني بخلاف مواضع الاستثناء لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية على ما نبينه ومواضع الضرورة مستثناة دائماً أبداً وهو ما استثناه في الكتاب وأخواتها. وفي التتارخانية: رجل أوصى إلى رجلين فمات أحدهما وأوصى إلى صاحبه جاز ويكون لصاحبه أن يتصرف، وروي أنه لا يجوز والصحيح الأول. وفي فتاوى أبي الليث: إذا أوصى إلى رجلين فقبل أحدهما وسكت الآخر فقال الذي قبل

....

للساكت بعد موت الموصي اشتر هذا للميت فقال نعم كان قبولاً للوصية، وإذا أوصى إلى رجلين وقال لهما ضعا ثلث مالي حيث شئتما فمات أحدهما قبل أن يفعلا ذلك بطلت الوصية ويرجع الثلث لورثة الميت، ولو قال جعلت ثلث مالي للمساكين والمسألة بحالها قال: يجعل القاضي وصياً آخر، وإن شاء يقول للثاني منهما اقسم أنت وحدك. وعلى قول أبي يوسف الآخر له أن يتصدق وحده. وفيه أيضاً سئل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجلين بأن يشتريا من ماله عبداً بكذا درهماً ولأحد الوصيين عبد قيمته أكثر مما سماه الموصي هل للوصي الآخر أن يشتري العبد بما نص الموصي؟ قال: إن فوض الموصي إلى كل واحد أنِ ينفرد في ذلك فشراؤه من صاحبه جائز، ولو باع ذلك صاحب العبد من أجنبي وسلمه إليه لم يشتريا جميعاً للميت. وفي الخانية: فهذا أصوب. وفيه أيضاً سأل أبو بكر عمن أوصى إلى رجل وقال اعمل فيه برأي فلان قال: هو وصي تام وله أن يعمل بغير رأي فلان، وفي قول آخر الثاني هو الوصي التام والأول هو وصي ناقص.

قال الفقيه أبو الليث: وبعضهم قالوا كلاهما وصيان في الوجهين جميعاً. وقال بعضهم: الأول هو الوصي وبه قال نصير. وقال أبو نصر: إن قال اعمل فيه برأي فلان فهو الوصي خاصة، وإن قال لا تعمل إلا برأي فلان فهما وصيان وهو أشبه بقول أصحابنا فإنهم قالوا فيمن وكل آخر ببيع عبده وقال بالشهود فباعه الوكيل بغير شهود جاز، وكذلك لو قال بعه بمحضر فلان فباعه بغير محضر فلان يجوز، ولو قال لا تبع إلا بالشهود أو قال لا تبع إلا بمحضر من فلان فباع بغير شهود أو بغير محضر فلان لا يجوز، وعلى هذا إذا قال الموصي بعلم فلان أو قال إلا بعلم فلان. وإذا أوصى الرجل إلى رجلين وقال لهما ضعا ثلث مالي حيث شئتما أو قال أعطياه ممن شئتما ثم اختلفا في ذلك فقال أحدهما أعطيه فلاناً وقال الآخر أعطيه فلاناً آخر لم يكن لواحد منهما ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف. وفي الخانية: رجل أوصى بنصيب بعض ولده إلى رجل وبنصيب البعض إلى رجل آخر فهما يشتركان في الكل، ولو أوصى إلى رجل بدين وإلى آخريان يعتق عبده أو ينفذ وصيته فهما وصيان في كل شيء في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: كل واحد منهما وصي على ما سمي له لا يدخل الآخر معه، وكذا لو أوصى بميراثه في بلد كذا إلى رجل وبميراثه في بلد كذا إلى رجل وبميراثه في بلد أخرى إلى آخر. وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إذا جعل الرجل رجلاً وصياً على ابنه وجعل رجلاً آخر وصياً على ابنه أو جعل أحدهما وصياً في ماله الحاضر وجعل الآخر وصياً في ماله الحاضر وجعل الآخر وصياً في ماله الغائب، فإن كان شرط أن لا يكون كل واحد منهما وصياً فيما أوصى إلى الآخر يكون الأمر على ما شرط عند الكل، وإن لم يكن شرط ذلك فحينئذ تكون المسألة على الاختلاف، والفتوى على قول أبي حنيفة وفي الوصيتين من جهة الأبوين ومعهم وصي الأم قال محمد في

والاتهاب لهم ورد وديعة عين وقضاء دين وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد معين

الزيادات: جارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعاً حتى ثبت النسب منهما وصارت الجارية أم ولد لهما على ما عرف، ثم إنهما أعتقا الجارية واكتسب اكتساباً ثم ماتت وأوصت إلى رجل ولم تدع وارثاً غير ابنها هذا وهو صغير لم يبلغ كان ولاية التصرف في مال الولد وحفظه للولدين لا لوصي الأم، فإن غاب الوالدان تظهر ولاية وصي الأم فتثبت له ولاية الحفظ ولكن إنما تثبت الولاية فيما ورث الصغير من الإمام وفيما كان للصغير قبل موت الأم لا فيما ورث الصغير بعد ذلك، وكما ثبت له ولاية الحفظ ثبت له ولاية كل تصرف هو من باب الحفظ كبيع المنقول وبيع ما يتسارع إليه الفساد. وإن غاب أحد الوالدين والآخر حاضر فكذلك الجواب عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف أحد الأبوين ينفرد بالتصرف في مال الصغير فولاية التصرف في مال الصغير وحفظه للوالد دون وصي الأم. ولو مات أحد الأبوين بعد موت الأم ولم يدع وارثاً غير هذا الصغير وأوصى إلى رجل والوالد الآخر حاضر فالميراث كله للصغير، وولاية التصرف في التركتين للأب الثاني لا لوصي. وإن كان الوالد الثاني غائباً فلوصي الأم حفظ ما تركت الأم فيما كان من باب الحفظ. وإن مات الوارث الثاني بعد ذلك وأوصى إلى رجل فوصيه يكون أولى من وصي الأب الذي مات قبله وأولى من وصي الأم، فإن كان للأب الذي مات أولاً أب وهو جد هذا الغلام وباقي المسألة بحالها فوصي الأب الذي مات آخراً أولى بالتصرف في مال الصغير، وكذلك لو كان الأب الذي مات آخراً أباً وهو جد الغلام كانت وصيته أولى من أبيه. وإن مات ووصي الأب الذي مات آخراً ولم يوص إلى أحد ومات الأب الذي مات آخراً ولم يوصِ إلى أحد وقد ترك الأب الذي مات أولاً أبا جد هذا الغلام ووصياً فإن وصي الأب الذي مات أولاً أولى من وصيه، فإن كان مات الوالدان أحدهما قبل الآخر ولكل واحد منهما أب وأوصى كل واحد إلى رجل إن عرف الذي مات أولاً من الذي مات آخراً فولاية التصرف في المال لوصي الذي مات آخراً، وإن مات هذا الموصي ولم يوص إلى أحد ومات الأب الذي عرف موته آخراً ولم يوص إلى أحد وباقي المسألة بحالها فولاية التصرف في المال للجدين لا ينفرد أحدهما به. قال رحمه الله: **(إلا في التجهيز وشراء الكفن)** لأن في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضاً في الحضر والرفقة في السفر. قال رحمه الله: **(وحاجة الصغار والاتهاب لهم)** لأنه يخاف هلاكهم من الجوع والعري وانفراد أحدهما بذلك خير ولهذا يملكه كل من هو في يده. قال رحمه الله: **(ورد وديعة عين وقضاء دين)** لأنه ليس هو من باب الولاية وإنما هو من باب الإعانة ألا ترى أن صاحب الحق يملكه إذا ظفر به بخلاف اقتضاء دين الميت لأنه رضي بأمانتهما جميعاً في القبض، ولأن فيه معنى المبادلة وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة ورد المغصوب ورد المبيع في البيع الفاسد من هذا القبيل، وكذا حفظ المال فلذلك ينفرد به أحدهما دون صاحبه، وما استثناه القدوري في

والخصومة في حق الميت ووصي الوصي وصي التركتين وتصح قسمته عن الورثة مع

مختصره بقوله إلا في شراء الكفن للميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت اهـ. وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره، وأقتفى أثره صاحب الهداية وزاد فيها على ذلك أشياء بقوله: ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الأموال وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الأموال الضائعة. وهذه التي زادها في الهداية على ما في الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الأشياء المعدودة خمسة عشر اهـ. قال رحمه الله: **(وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد معين)** لأنه لا يحتاج فيه إلى رأي.

قال رحمه الله: **(والخصومة في حق الميت)** لأن الاجتماع فيه متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين أيضاً. ولو مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصياً آخر، أما عندهما فظاهر لأن الباقي منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصياً ينظر إلى الميت عند عجز الميت، وأما عند أبي يوسف فلأن الحي منهما وإن كان يقدر على التصرف فالموصي قدر أن يجعل وصيين يتصرفان وذلك ممكن لتحقيق نصب وصي آخر مكان الأول. قال في الهداية: وقضاء دين قال في الغاية: والمراد بالتقاضي الاقتضاء وكذا كان المراد في عرفهم اهـ. وهذا يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذي هو القبض معنى التقاضي في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع أن الأمر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال: الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعاً إلا أن العرف بخلافه وهو قاضٍ على الوضع ا هـ. ويدلك على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة. قال في القاموس: تقاضاه الدين قبضه منه. وقال في الأساس: تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي أي أخذته اهـ. ولم يتعرض المصنف لتصرفات الأب ووكيل الأب والجد والقاضي وأمين القاضي في مال الصغير ونحن نذكر ذلك. قال في الأصل: الأب إذا باع مال نفسه من ابنه الصغير أو اشترى مال ابنه الصغير لنفسه جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز. ثم اختلف المشايخ في أنه هل يشترط لإتمام هذا العقد الإيجاب والقبول؟ والصحيح أنه لا يشترط حتى أن الأب إذا قال بعت هذا من ولدي بكذا أو قال اشتريت منه هذا بكذا فإنه يتم العقد ولا يحتاج إلى أن يقول بعت واشتريت، وإليه أشار في الكتاب فإنه قال: إذا باع من ولده وأشهد على ذلك جاز ولم يشترط القبول؛ هكذا ذكر الناطفي في واقعاته. ثم إن محمداً ما ذكر الإشهاد في الكتاب على وجه الشرط لجواز هذا البيع وتمامه. وإنما ذكره على وجه الاستيثاق لحق الصغير حتى يتم معاملة الصغير، ويجوز هذا البيع من الابن بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز هذا العقد إلا بمثل القيمة وفي

....

هذا الغبن اليسير على هذه الرواية يمنع، ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح. ولو وكل الأب رجلاً ببيع عبد له من ابن له والابن صغير لا يعبر عن نفسه ففعل الوكيل ذلك لا يجوز، ولو وكل الصغير بعد البلوغ وكيلاً ووكل الأب أيضاً ذلك الوكيل فباع هذا من ذلك لا يجوز كذا هنا. ولو كان الأب حاضراً وقبل من الوكيل جاز وتكون العهدة من جانب الابن على الأب ومن جانب الأب على الوكيل، وقيل على العكس. ذكر هشام في نوادره وعن محمد: إذا اشترى الأب عبد ابنه الصغير شراء فساداً فمات العبد قبل أن يستعمل العبد أو يقبضه أو يأمره بعمل مات من مال الصغير. وفي المنتقى: اشترى من ابنه عبداً والعبد في يد الأب فمات العبد فهو من مال الابن حتى يأمره الوالد بعمل أو يقبضه، وإذا كان لرجل ابنان فباع مال أحدهما من الآخر وهما صغيران فإن قال بعت عبد ابني فلان من فلان جاز ذلك، هكذا ذكر المسألة في الديات. ولم يذكر ثمة أنهما إذا بلغا فالعهدة على من تكون، وقد اختلفوا فيه والصحيح أن العهدة عليهما. ولو وكل الأب رجلاً حتى باع مال أحدهما من الآخر يجوز، وإذا وكل رجلاً بذلك يجب أن يجوز ويجاب بأن الأب لكمال شفقته ملك هؤلاء وكيله لفقدها. ولو وكل الأب وكيلاً بالبيع ووكيلاً بالشراء فباع الوكيل يجوز. وفي الزيادات: الأب إذا باع مال الصغير من أجنبي بمثل القيمة فهو على ثلاثة أوجه: فإن كان الأب عدلاً عند الناس أو كان مستوراً بحال يجوز البيع حتى لو كبر الابن لم يكن له أن ينقض البيع عند المشايخ وبه أخذ الصدر الشهيد إذا كان خيراً للصغير بأن باع بضعف قيمته، وإن باع ما سوى العقار من المنقولات ففيه روايتان: في رواية يجوز ويؤخذ الثمن ويوضع على يد عدل، وفي رواية لا يجوز إلا إذا كان خيراً للصغير على نحو ما قلنا. وفي نوادر هشام عن أبي يوسف: الأب إذا باع لابنه الصغير ما ثمنه عشرة دراهم بدرهم يجوز، وإن اشترى له ما ثمنه درهم بعشرة دراهم لم يجز. وفي الأصل: سوى بين البيع والشراء في هذه الصورة وأشباهها. وذكر شمس الأئمة الحلواني في أدب القاضي في أبواب الوصايا أن الصغير إذا ورث مالاً والأب مبذر مستحق الحجر على قول من يرى ذلك لا تثبت الولاية للأب. وفي المنتقى عن محمد: رجل باع عبد ابنه الصغير من رجل بألف ثم قال في مرضه قد قبضت من فلان من الثمن مائتين فمات في مرضه لم يجز إقرار الأب وكان للوصي أن يأخذ الثمن من المشتري كما لو لم يوجد هذا الإقرار من المريض، ولو قال في مرضه قبضتها من فلان فضاعت كان مصدقاً، ولو قال قبضتها واستهلكتها لم يكن مصدقاً ولا يبرأ المشتري منها ولا يكون للمشتري إذا أخذ منه الثمن أن يرجع على الأب أو في ماله.

الزيادات عن محمد: إذا اشترى الأب لابنه الصغير شيئاً ونقد الثمن من ماله ينوي أن يرجع ولم يشهد على ذلك ولم يقض له القاضي بالرجوع وسعه فيما بينه وبين ربه أن يرجع.

....

وفي المنتقى عن أبي يوسف: رجل اشترى داراً لابنه الصغير فعلى الأب أن ينقد الثمن، فإن مات قبل أن ينقد فهو في ماله خاصة يعني مال الأب ولا يرجع به في مال الابن، ولو اشترى لابنه داراً وأشهد عند عقد البيع أنه يرجع عليه بالثمن كان له أن يرجع عليه به، وكذلك كل شيء يشتريه مما لا يجبر الأب عليه، وكذلك كل دين كان على الأب وضمن للأب عنه. وذكر في نوادر بشر عن أبي يوسف تفصيلاً فيما اشترى الأب لابنه قال: إن كان اشترى شيئاً يجبر الأب عليه، فإن كان طعاماً أو كسوة ولا مال للصغير لا يرجع الأب عليه وإن أشهد أنه يرجع عليه، وإن كان المشتري شيئاً يجبر الأب عليه بأن كان المشتري طعاماً أو كسوة وللصغير مال أو كان المشتري داراً أو ضياعاً إن كان الأب شهد وقت الشراء أنه يرجع وإن لم يشهد لا يرجع. وعن أبي حنيفة فيما إذا اشترى داراً أو ضيعة أو مملوكاً لابنه الصغير، فإن كان للابن مال فالرجوع بالثمن على التفصيل إن أشهد وقت الشراء أنه يرجع يرجع، وإن لم يشهد لا يرجع، وإن لم يكن للابن مال لا يرجع، أشهد على الرجوع أو لم يشهد. ثم في بعض المواضع يشترط الإشهاد وقت الشراء وفي بعضها يشترط الإشهاد وقت نقد الثمن نقول: إذا أشهد وقت نقد الثمن إنما نقد الثمن ليرجع إليه، وروى الحسن بن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: رجل اشترى لابنه الصغير ثوباً ودفعه إليه في صحته ثم أدى الثمن في مرضه لا يرجع على الابن بشيء. وروى بشر عن أبي يوسف: رجل تزوج امرأة على أمة لابنه الصغير فهو جائز، وإذا أسلم الأمة يصير متعدياً ويضمن قيمة الأمة في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف لا يصح إمهار الأمة ويكون على الأب قيمتها للزوجة. وفي الذخيرة: اشترى الأب قريب الصبي أو المعتوه لا يجوز على الصبي والمعتوه ويجوز على الأب، ولو اشترى للمعتوه أمة كان استولدها بحكم النكاح يلزم الأب قياساً، وفي الاستحسان يجوز، وهذا القياس والاستحسان على قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف لا يجوز أصلاً، فهذه المسألة على أن الأب إذا باع مال الصغير بدين نفسه من رب الدين بمثل ما عليه من الدين على قول أبي حنيفة ومحمد يجوز ويصير الثمن قصاصاً بدينه ويصير هو ضامناً للصغير خلافاً لأبي يوسف. وأجمعوا على أن الأب إذا أراد أن يوفي دينه من مال الصغير ليس له ذلك؛ هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه أن الأب لا يملك قضاء دين نفسه من مال الصبي. وذكر القاضي الإمام صدر الإسلام في شرح كتاب الرهن أنه يجوز، ويحتمل أن يكون في المسألة روايتان. وإذا صح رهن الأب متاع الصغير بدين نفسه عندهما فهلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الأب للصغير قيمة الرهن إن كانت القيمة مثل الدين أو أقل، أما إذا كانت القيمة أكثر من الثلث يضمن مقدار الدين ولا يضمن الزيادة. وذكر شمس الأئمة في شرح كتاب الرهن أن للأب أن يستقرض مال ولده لنفسه. وذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه ليس له ذلك. وذكر شمس الأئمة الحلواني: روى الحسن عن أبي

....

حنيفة أنه ليس للأب أن يستقرض مال الصغير من الأجنبي. وذكر شمس الأئمة السرخسي في الروايات الظاهرة ليس له ذلك. وفي الذخيرة: واختلف المشايخ في الأب في اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة، والصحيح أن الأب بمنزلة الوصي لا بمنزلة القاضي، والأب إذا أقرض مال نفسه لولده الصغير وأخذ رهناً من مال ولده جاز له ذلك؛ هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني وخواهر زاده، وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: لا يجوز وسيأتي له مزيد مسائل. المعتوه والتصرف عليه لا يصح حتى تمضي عليه سنة من يوم صار معتوهاً قال: ولا أحفظ فيه عن أبي حنيفة وأبي يوسف شيئاً. قال ابن سماعة قال محمد: وقت في ذلك شهراً ثم بعد رجوعه من الذي قدره بسنة وكل جواب عرفته في الجنون فهو الجواب في المعتوه لأنهما يستويان في الأحكام. وإذا أرسل الأب غلامه في حاجة ثم باعه من ابن صغير له جاز ولا يصير الأب قابضاً من ابنه بمجرد البيع حتى لو هلك الغلام قبل أن يرجع إلى الولد هلك من مال الوالد بخلاف ما إذا وهبه منه حيث يصير قابضاً له عن الابن بنفس الهبة، وإن لم يرجع العبد حتى بلغ الولد ثم رجع إلى الولد لا يصير الوالد قابضاً حتى لو هلك قبل أن يقبضه الوالد هلك من مال الولد وإن انتقض البيع. وفي حيل الأصل ذكر طريق براءة الأب عن الثمن الذي وجب عليه لابنه الصغير فقال: يخرج الأب مقدار الثمن من مال نفسه ثم يقول الأب إني اشتريت وقد قبضتها لإبني بكونه. في يدي ويشهد على ذلك. وعن محمد في نوادره أنه قال: لا يبرأ عن الثمن ما لم يشتر لأبنه بذلك الثمن من مال نفسه شيئاً، وعلى هذا إذا أنفق من مال ابنه الصغير في حاجة نفسه حتى وجب عليه الضمان ثم أراد أن يبرأ عنه فهو على ما قلنا.

وفي الهاروني: الثمن الذي لزم الأب بشراء مال ولده فلا يبرأ الأب منه حتى يكون في يده عن ابنه وديعة، وإذا باع داره من ابنه في عياله والأب ساكن فيها لا يصير الابن قابضاً حتى يفرغها الأب حتى لو انهدمت الدار والأب فيها يكون الهلاك على الأب، وكذلك لو كان فيها متاع الأب أو عياله وهو غير ساكن فيها فإن فرغها الأب صار الابن قابضاً، فإن عاد الأب بعدما تحول منها فسكنها أو جعل فيها متاعاً أو سكنها عياله وكان غنياً صار بمنزلة الغاصب. وفي الهاروني: ولو باع الأب من ابنه الصغير جبة وهي على الأب أو طيلساناً هو لابسه أو خاتماً في أصبعه لا يصير الابن قابضاً حتى ينزع ذلك الأب، وكذلك في الدبة والأب راكبها، وكذلك إن كان عليها حمل حتى ينزعه عنها. ولو قال الأب اشهدوا أني قد اشتريت جارية ابني هذا بألف درهم وابنه صغير في عياله جاز الشراء ويصير الأب قابضاً بنفس الشراء إن كانت في يده والثمن دين عليه لا يبدأ إلا بالطريق الذي قلنا. وفي الذخيرة: وإذا استأجر الأب للصغير أجيراً بأكثر من أجر مثله فالأجرة على الأب إذا كان بحيث لا يتغابن الناس فيه. وذكر شيخ الإسلام في شرح السير أن الإجارة تنفذ على

الصغير. قال القاضي ركن الإسلام علي السغدي: لو غصب إنسان دار صبي قال بعض الناس يجب عليه أجره المثل فما ظنك في هذا؟ ومن المشايخ من روي وجوب أجر المثل إلا إذا كان النقصان خيراً للصغير فحينئذ يجب النقصان. وإذا هلك الرجل وترك أباً وأوصى كان للأب أن ينفذ وصاياه، ولو مات وعليه ديون كثيرة وورثة صغار وترك متاعاً وعقاراً لم يكن للأب أن يبيع شيئاً من التركة؛ هكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي. وفي الذخيرة قال محمد رحمه الله: لم يذكر هذا الفصل في المبسوط على هذا البيان فإنه أقام الجد مقام الأب فإنه قال: إذا ترك وصياً وأبا فالوصي أولى، فإن لم يكن له وصي فالأب أولى، وإن مات الأب وأوصى لوصيه فهو أولى ثم وصي القاضي. وعن محمد: القاضي إذا باع مال الصغير من رجل وسلمه للمشتري ثم وجد المشتري عيباً فليس له أن يخاصم القاضي في الرد بالعيب، وكذلك إذا باع بعض أمناء القاضي مال اليتيم فليس للمشتري خصومة معه في الرد لأنه نائب عن القاضي، وحكمه حكم المنوب عنه. القاضي إذا باع على صغير داراً فإذا هي لصغير آخر هو في ولايته لا يجوز، هكذا روي عن محمد. وفي المنتقى: القاضي إذا باع مال اليتيم من نفسه أو باع مال نفسه من اليتيم ذكر في السير الكبير أنه لا يجوز، وأشار إلى المعنى وقال: لأن بيع القاضي مال الصغير يكون على وجه الحكم وحكم القاضي لنفسه باطل. وذكر في نوادر ابن رستم في أول مسائل النكاح عن محمد أن القاضي إذا زوج الصغير اليتيمة من ابنه الصغير وكذلك لو زوجها ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز لأن نكاح القاضي يكون على وجه الحكم ولا يجوز حكمه لابنه الصغير ولا لمن لا تقبل شهادته له. قال الناطفي في أجناسه من مسائل البيوع: ذكر محمد في السير الكبير أن بيع القاضي مال الصغير من نفسه لا يجوز على قول محمد، وأما على قول أبي حنيفة ينبغي أن يجوز. وفي واقعات الناطفي: إذا اشترى مال اليتيم لنفسه من وصي اليتيم يجوز وإن كان القاضي جعله وصياً لأن الوصي نائب عن الميت لا عن القاضي. إذا باع أمين القاضي مال الصغير بأمر القاضي وقبض المشتري المبيع ولم يسلم الثمن حتى أمر القاضي الأمين أن يضمن الثمن عن المشتري فضمن صح ضمانه، وكذلك الجواب في أمين القاضي. والأب إذا باع مال الصغير وضمن الثمن عن المشتري لا يصح ضمانه، وإذا أراد القاضي نصب الوصي ففي أي موضع ينصب فقد ذكرنا هذا الفصل بتمامه في أدب القاضي، وذكرنا ثمة أن القاضي إذا أردا نصب الوصي لصغير هل يشترط حضرة الصغير أو لا يشترط؟ وإذا نصب القاضي وصياً للصغير وخص له نوعاً من الأنواع تقتصر وصايته على ذلك النوع فالوصاية من قبل القاضي قابلة للتخصيص بخلاف الوصاية من جهة الأب. وفي الفتاوى: رجل عن غير وصي فقال القاضي لرجل جعلتك وكيلاً في تركة فلان فهو وكيل في حفظ الأموال خاصة حتى يقول له بع واشتر، ولو قال جعلتك وصياً فهو وصي بأمر القاضي وبه نأخذ. وفي نوادر بشر عن أبي يوسف: إذا اشترى القاضي من متاع اليتيم لنفسه

الموصى له ولو عكس لا فلو قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع بثلث ما

شيئاً فهو بمنزلة الوصي، فإذا رفع إلى قاضٍ آخر نظر فيه، فإن كان خيراً لليتيم أجازه وإلا لم يجزه. وكره القاضي شراءه. وفي الذخيرة: القاضي إذا استأجر لليتيم أجيراً بأكثر من أجر المثل بحيث لا يتغابن الناس ولم يعلم القاضي بذلك فللأجير أجر مثل عمله في مال اليتيم، ولو قال القاضي تعمدت الجواز تنفذ الإجارة على القاضي ويجب جميع الأجر في مال القاضي، وإذا أقرض مال اليتيم صح.

قال رحمه الله: **(ووصي الوصي وصي التركتين)** أي إذا مات الوصي فأوصى إلى غيره فهو وصي في تركته وتركة الميت الأول. وقال الشافعي: لا يكون وصياً في تركة الميت الأول لأن الميت فوض إليه التصرف ولم يفوض إليه الإيصاء إلى غيره فلا يملكه، ولأنه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره فصار كوصي الوكيل فإنه يكون وصياً في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل، ولأن العقد لا يقتضي مثله ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل ولا للمضارب أن يضارب، وكذا الوصي ليس له أن يوصي في مال الموصى له. ولنا أن الوصي تصرف بوصية مستقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ألا ترى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي ولهذا يقدم على الجد، ولو لم ينتقل إليه لم يقدم عليه كالوكيل لما لم ينتقل إليه الولاية لم يتقدم على الجد، فإذا انتقلت إليه الولاية يملك الإيصاء، والذي يوضح ذلك أن الولاية التي كانت للوصي تنتقل إلى الجد في النفس وإلى الوصي في المال ثم الجد قام مقام الأب فيما ينتقل إليه حتى ملك الإيصاء فيه فكذلك الوصي ثم الجد. وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته في التركتين، ولا نسلم أنه لم يرض برأي من أوصى إليه الوصي بل وجد ما يدل عليه لأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه تعتريه المنية صار راضياً بإضافته إلى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو ما فوض إليه بخلاف الوكيل لأن الموكل فيه يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلم يوجد دلالة الرضا بالتفويض إلى غيره بالتوكيل. قال رحمه الله: **(وتصح قسمته عن الورثة مع الموصى له ولو عكس لا)** يعني قسمة الوصي مع الموصى له عن الورثة جائزة وعكسه لا يجوز وهو ما إذا قاسم الوصي الورثة عن الموصى له لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغروراً بشراء الميت شيئاً غر فيه الميت، والوصي أيضاً خليفة الميت حتى يرد بالعيب حتى يكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً فتنفذ قسمته عليه حتى لو حضر الغائب وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له، أما الموصى له فليس بخليفة عنه من كل وجه لأنه ملك بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغروراً بشراء الميت فلا يكون خصماً عند غيبته حتى لو هلك ما قرر عليه عند الموصي كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصي لا

....

يضمن لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لأن الموصى له شريك الورثة فيتوى ما توى ما المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي من على الشركة وله البيع في مال الصغار والقسمة في معنى البيع وله ولاية الحفظ في مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ إلا العقار فإنه محفوظ بنفسه فلا يجوز له بيعه، وقسمته على الورثة الكبار حال غيبتهم في معنى البيع فلا يضمن إذا هلك في يده. وفي المبسوط: وقسمة الوصي إما أن تكون مع الموصى له أو فيما بين الورثة، أما قسمته مع الموصى له جائزة مع الصغار وفي المنقول وقبض نصيبهم، وأما في العقار لا تجوز على الكبير لأن القسمة بيع معنى وله ولاية بيع المنقول على الكبار دون بيع العقار؛ هكذا ذكره في المبسوط. وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن القسمة في العقار لا تجوز عند أبي حنيفة وزفر، وعند أبي يوسف ومحمد تجوز قسمة الوصي على الموصى له الغائب مع الورثة. وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن عند أبي يوسف تجوز لأن الميت أقام الوصي مقام نفسه وأثبت الولاية له فيما يحتاج إليه عند عجزه بنفسه وهو يحتاج في تنفيذ وصاياه إلى إيصال التركة إلى الورثة لأنه يثاب بوصول التركة إلى الورثة كما يثاب بوصول الوصية إلى الموصى له فيجب أن يملك ذلك نظراً للموصى. وعلى قياس قوله يجب أن يملك القسمة على الكبار الحضور وقضاء الدين من الحاجة الفاضلة فيمكن تأخيرها إذا امتنعوا عن القسمة حتى يحضر الغائب بخلاف الحاجة الضرورية لا يمكن تأخيرها لأن في التأخير توهم الضياع وفي الضياع ضرر على الميت فلا يجوز تأخيرها، وفي تأخير الحاجة الفاضلة وإن كانت توهم الضياع وفي الضياع ضرر على الميت إلا أنه لا ضرر فيه على الميت فيجوز تأخيرها، وفي كل موضع لا تحل القسمة إذا ضاع أحد النصيبين يضيع على الشركة، وما يبقى يبقى على الشركة وقسمة الوصي الميراث بين الصغار لا يجوز لأن القسمة بمعنى البيع. ولا يجوز شراء الوصي مال أحد الصغيرين للصغير الآخر لأن بيعه مقيد بشرط أن يكون فيه منفعة ظاهرة للصغير، فإن كان لأحدهما فيه منفعة ظاهرة يكون للآخر فيه مضرة ظاهرة فلم يجز البيع فلم تجز القسمة. وعند محمد لا يلي العقد من الجانبين بكل حال، والحيلة في جواز هذه القسمة أن يبيع حصة أحد الصغيرين مشاعاً، وإن كانوا ثلاثة باع حصة أحد الصغار من آخر ثم يقاسم مع المشتري ثم حصة أحد الصغيرين كي يمتاز حق أحدهما عن الآخر. وإن كانوا الورثة صغاراً وكباراً والكبار غيب لا تجوز قسمته في العقار لأنه لا يلي بيعه على الكبار فكذلك قسمته، وفي العروض له ولاية القسمة كما يلي بيعها لأن الكبار الغيب التحقوا بالصغار في هذه الحالة فصار كأن الكل صغار. ولو كان الكل صغاراً تجوز قسمته فكذا هذا، وإن كان الكبار حضوراً جاز قسمته عن الصغار مع الكبار لأن هذه قسمة جرت بين اثنين والقسمة بين الصغار جرت من الواحد لأنه لا يلي القسمة من الجانبين فلم تجز القسمة في حق الصغار جملة فالقسمة في حق الكبار

بقي وإن أوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده أو دفع إلى من يحج عنه في يده يحج عنه بثلث ما بقي وصح قسمة القاضي وأخذ حظ الموصى له أن غاب وبيع الوصي عبداً من التركة بغيبة الغرماء وضمن الوصي أن باع عبداً أوصى ببيعه

صحيحة لأنها جرت بين الكبير والوصي في نصيب الصغار. وإذا قسم الوصيان التركة بين الورثة وأخذ كل واحد منهما نصيب بعضهم فالقسمة فاسدة لأن القسمة لا تكون إلا بين اثنين وكلاهما كشخص واحد لا يملك أحدهما التفرد بالقسمة عندهما، وعند أبي يوسف وإن كان ينفرد أحدهما بالقسمة إلا أن كل واحد وكل صاحبه في القسمة فتصير قسمته مع صاحبه كقسمته مع نفسه.

قال رحمه الله: **(فلو قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع بثلث ما بقي)** أي لو قاسم الوصي الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك في يده رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا أن الموصي له شريك الورثة فيرجع الموصى له على ما في يد الورثة إن كان باقياً فيأخذ بثلثه لعدم صحة القسمة في حقه، وإذا هلك في أيديهم فله أن يضمنهم قدر الثلث ما قبضوا، وإن شاء ضمن الوصي ذلك القدر لأنه متعدٍ فيه بالدفع إليهم والورثة بالقبض فيضمن أيهما شاء. قال رحمه الله **(وإن أوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده أو دفع إلى من يحج عنه في يده يحج عنه بثلث ما بقي)** أي إذا أوصى بأن يحج عنه فقاسم الوصي الورثة فهلك ما في يد الوصي فإنه يحج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك إذا دفعه إل رجل ليحج عنه فضاع ما دفعه إليه يحج عنه بثلث الباقي، وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: إن كان المقرر مستغرقاً للثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه، وإن لم يكن مستغرقاً للثلث يحج عنه بما بقي من الثلث إلى تمام الثلث. وقال محمد: لا يحج عنه بشيء وقد قررناه في المناسك. قال رحمه الله **(وصح قسمة القاضي وأخذ حظ الموصى له أن غاب)** أي إن غاب الموصى له لأن الوصية صحيحة وإن كان قبل القبول، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثته والقاضي ناظر في حق العاجز وإقرار نصيب الغائب وقبضه من النظر فينفذ ذلك عليه حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض في يد القاضي أو أمينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضي. وهذا في المكيل والموزون لأنه إقرار ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز أخذه لأحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا ولهذا يجوز بيع نصيبه مرابحة. وأما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة. قال رحمه الله: **(وبيع الوصي عبداً من التركة بغيبة الغرماء)** أي يصح بيع الوصي عبداً لأجل الغرماء لأن الوصي قائم مقام الموصي ولو تولاه بنفسه حال حياته يجوز بيعه، وإن كان مريضاً مرض الموت بغير محضر عن الغرماء فكذا الوصي لقيامه مقامه، وهذا لأن حق الغرماء يتعلق بالمال لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لأنه أخلف شيئاً وهو الثمن

والتصدق بثمنه إن استحق العبد بعد هلاك ثمنه عنده ويرجع في تركة الميت وفي مال

بخلاف العبد المأذون له في التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لأن الغرماء لهم حق الاستيفاء بخلاف ما نحن فيه. قال رحمه الله: **(وضمن الوصي أن باع عبداً أوصى ببيعه والتصدق بثمنه إن استحق العبد بعد هلاك ثمنه عنده)** معناه إذا أوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه على المساكين فباع الوصي العبد وقبض الثمن فضاع الثمن في يده وهو المراد بالهلاك المذكور في المختصر، ثم استحق العبد بعد ذلك ضمن الوصي الثمن للمشتري لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه لأن المشتري منه لم يرض ببدل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ البائع وهو الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده. ولم يتعرض لضمان الوصي في الاستقراض ولا في الطعام والوديعة والبيع بطلب الغرماء أو بغير طلب ونحن نذكر ذلك تتميماً للفائدة. قال في المبسوط: فالوصي تارة يضمن وتارة لا يضمن، فإذا أمر الوصي المستودع أن يقرض مال اليتيم فأقرض ضمن المستودع لأن الوصي لا يملك الإقراض من مال الصبي فلا يملك التوكيل والأمر به فلم يصح الأمر بالإقراض. ولو قضى الوصيان ديناً للرجل ثم شهدا أن له على الميت ديناً لم يجز ويضمنان إن ظهر دين آخر لأنهما بشهادتهما يدفعان عن أنفسهما مغرماً لأنهما صارا ضامنين ما دفعا إلى الأول لأنهما دفعا بغير أمر القاضي، ولو شهدا به قبل أن يقضيا جاز لأنهما بشهادتهما لم يجز إلى أنفسهما نفعاً ولا يدفعان مغرماً وهو لزوم قضاء الدين. ومسائل الإطعام على فصول: الأول لو أوصى بأن يطعم عشرة مساكين لكفارة يمينه وغدى الوصي عشرة ثم ماتوا قال محمد رحمه الله: يغدي ويعشي عشرة أخرى ولا يضمن الوصي لأنه غداهم بأمر الموصي لأن التغدية اطعام ولكنه لم يكمل وفات الإكمال لا بمعنى من جهته فلا يصير متعدياً. وإن قال اطعموا عني عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يسم كفارة فغدى عشرة ثم ماتوا فإنه يعشي عشرة سواهم لأن الواجب في كفارة اليمين سد عشرة خلات ورد عشرة جوعات، وذلك يحصل بالتغدية والتعشية. وبالموت فات ذلك فيغدي ويعشي غيرهم. فأما إذا نص على الإطعام غداء وعشاء فالجمع والتفريق سواء. وروى هشام عن أبي يوسف أنه إن قال أطعم عني عشرة مساكين فغدى عشرة ثم ماتوا يضمن الوصي قياساً ولا يضمن استحساناً ويعشي غيرهم لأنه أمرهم بالإطعام مطلقاً فالتحق بالإطعام الواجب شرعاً في الكفارة لأنه نص على الغداء والعشاء. فسواء فرق أو جمع جاز. رجل أودع رجلاً مالاً وقال إن مت فادفعه إلى ابني فدفعه إليه وله وارث غيره ضمن حصته ولا يكون هذا وصياً لأنه لم يفوض إليه التصرف في التركة فبقي أميناً للورثة، والأمين إذا دفع مال الورثة إلى أحدهم ضمن. وإن قال ادفعه إلى فلان غير وارث ضمن المال الذي دفعه إليه. قال أبو يوسف: إذا خلط الوصي مال اليتيم بماله فضاع فلا ضمان عليه لأن له ولاية حفظه كيفما كان. مريض اجتمع عنده قرابته يأكلون من ماله. قال أبو القاسم الصفار: إن

أكلوا بأمر المريض فمن كان منهم وارثاً ضمن، ومن كان غير وارث حسب ذلك من ثلثه. قال الفقيه أبو الليث: احتاج المريض إلى تعاهدهم في مرضه فأكلوا معه ومع عياله بغير إسراف فلا ضمان عليهم. رجل مات وعليه دين فباع وصيه رقيقه للغرماء وقبض الثمن فضاع عنده أو مات بعض الرقيق في يد الوصي قبل أن يسلم إلى المشتري فالمشتري يرجع بالثمن على الوصي ويرجع به الوصي على الغرماء لأنه في البيع عامل للغرماء، ومن عمل لغيره ولحقه فيه ضمان رجع به على المعمول له. ولو استحق العبد ورجع المشتري بالثمن على الوصي لم يرجع الوصي بالثمن على الغرماء إلا أن يكون الغرماء أمروه ببيعه، وكذلك لو قال الغرماء له بع رقيق الميت واقضنا لم يرجع عليهم ولو كانوا قالوا بع عبد فلان هذا رجع بالثمن عليهم لأنهم عينوه إلا أن يكون الثمن من دينهم فلا يرجع عليهم بأكثر من دينهم. ولو قال له بع هذا العبد فإنه لفلان فقال الوصي لا أبيعه ثم باعه ثم استحق وقد ضاع الثمن رجع به الوصي على الغريم. ولو لم يكن على الميت دين ولكن الوصي باع الرقيق للورثة الكبار فهم في جميع هذا الوجوه كلها بمنزلة الغرماء، وإن كانوا صغاراً لم يرجع عليهم في الاستحقاق. ولو باع القاضي رقيق الميت للغرماء فضاع الثمن عنده ثم استحق الرقيق رجع المشتري بالثمن على الغرماء لا على القاضي لأنهم بمنزلة بيع الغرماء كأنهم نالوا البيع بأنفسهم. رجل أوصى بعتق عبد ثم جنى العبد جناية بعد موت الموصى فأعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو ضامن أرش الجناية، وإن لم يعلم ضمن قيمته ولا يرجع بذلك على أحد لأن الميت إنما أوصى بعتقه قبل أن يجني فلما جنى لم يكن للوصي أن يعتقه إلا أن يضمن الجناية عنه، فإذا أعتقه فهو متطوع في عتقه والجناية لازمة له؛ فإن قال الوصي عند القاضي قد اخترت إمساك العبد وأشهد على نفسه بذلك شهوداً فليس له أن يرجع ويدفع العبد، فإن لم يكن لهم مال غير العبد فعليه أن يبيع ويؤدي أرش الجناية من ثمنه، فإن مات العبد قبل أن يبيعه بعد ما اختاره فالجناية دين على الإيتام حتى يؤدونها.

قال رحمه الله: **(ويرجع في تركة الميت)** لأنه عامل له فيرجع به في تركته كالوكيل وكان أبو حنيفة يقول أولاً: لا يرجع الوصي على أحد لأنه تبين بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملاً للورثة فلا يرجع عليهم بشيء، ثم رجع إلى ما ذكره هنا ويرجع في جميع التركة. وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فيأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث ونحن لا نسلم أنه يرجع عليه بحكم الوصية بل بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين عليه يقضى من جميع التركة، وإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء فلا يرجع بشيء كما في سائر ديون الميت. وفي المنتقى: لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء وإنما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن لأنه عامل لهم فكان غرمه عليهم. قال رحمه الله: **(وفي مال الطفل إن باع ماله واستحق المبيع رجع في مال الصغير)** لأنه عامل له.

الطفل إن باع ماله واستحق المبيع رجع في مال الصغير وهو على الورثة في حصتهم وصح احتياله بماله لو خيرا له أو بيعه وشراؤه بما يتغابن وبيعه على الكبير غير العقار

قال رحمه الله: **(وهو على الورثة في حصتهم)** أي الصبي يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه. قال رحمه الله: **(وصح احتياله بماله لو خيرا له)** أي يجوز احتيال الوصي بمال اليتيم إذ كان فيه خيراً بأن يكون الثاني أملأ إذ لولاية نظرية، وإن كان الأول أملأ لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو على تقدير أن يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين إذا مات الثاني مفلساً أو جحد الحوالة أو لم يكن له عليه بينة ولا يرى رجوع الدين على الأول. وقوله «لو خيراً» بين أنه يصح احتياله إذا كان الثاني خيراً من الأول ولم يبين حكم ما إذا كانوا سواء ففي الذخيرة: واختلف الناس فيه؛ ذكر المحبوبي أن كان الثاني مثل الأول لا يجوز بخلاف بيعه مال اليتيم بمثل قيمته حيث يجوز والحوالة لا تجوز. قال الإمام الأسبيجابي في شرح الطحاوي: اعلم أن للوصي أن يأخذ الكفيل بدين الميت لأن الكفالة لا توجب براءة الأصيل، ولو احتال بماله وأخذ الكفيل بشرط براءة الأصيل فإنه ينظر إن كان ذلك خيراً لليتيم فإنه يجوز إذا كان المحال عليه أملأ حتى لو أدرك وقال أخذ الدين فليس له أن يفسخ الحوالة، وإن لم يكن أملأ من المحيل فإنه لا يجوز. هذا إذا ثبت الدين بمداينة الميت، وأما إذا ثبت بمداينة الوصي فإنه يجوز سواء كان خيراً لليتيم أو شراً له إلا أنه إذا كان خيراً له فإنه يجوز بالاتفاق حتى إنه إذا أدرك وأراد أن ينقض ذلك ليس له ذلك، وإن كان شراً له جاز ذلك ويضمن الوصي لليتيم عندهما، وعند أبي يوسف لا يجوز إذا كان شراً.

قال رحمه الله: **(أو بيعه وشراؤه بما يتغابن)** أي يجوز بيع الوصي وشراؤه بما يتغابن الناس في مثله، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس لأن الولاية نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لأنه لا يمكنه التحرز عنه ففي اعتباره انسداد باب الوصاية بخلاف العبد والصبي المأذون لهما في التجارة والمكاتب حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية والإذن فك الحجر والصبي يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً فيتقيد بموضع النظر. وعندهما لا يملكونه لأن التصرف بالغبن الفاحش تبرع وهم ليسوا من أهلهما ولا ضرورة إليه. وهذا إذا تبايع الوصي للصغير مع الأجنبي. وأما إذا اشترى شيئاً من مال اليتيم لنفسه أو باع شيئاً منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة إذا كان فيه منفعة ظاهراً وهو أن يبيع ما يساوي خمسة عشرة بعشرة ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشرة، وإن لم يكن فيه نفع فلا يجوز. وعلى قول محمد وأظهر الروايات عن أبي يوسف أنه لا يجوز بيعه من نفسه بكل حال. هذا في وصي الأب، وأما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لأنه وكيل، وللأب أن يشتري شيئاً من مال الصغير لنفسه إذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بأن كان بمثل القيمة والغبن يسير. وقال المتأخرون من أصحابنا: لا يجوز

. . . .

للوصي بيع عقار الصغير إلا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن. قال الصدر الشهيد: وبه يفتى. وأطلق المصنف في البيع والشراء فشمل العروض والعقار وما يخاف عليه الفساد وغير ذلك وتقدم حكم العقار، وإذا كانت الورثة كلهم صغاراً وسيأتي حكم تصرفه، وإذا كانوا كباراً أو مختلطين وإذا ادعى رد الوديعة. ثم مسائله ثلاثة أقسام: قسم يصدق فيه بالاتفاق، وقسم لا يصدق فيه بالاتفاق، وقسم اختلفوا فيه. أما الأول إذا قال الوصي إن أباك ترك رقيقاً وأنفقت عليهم أو قال اشتريت رقيقاً وأديت الثمن ثم ماتوا فإنه يصدق لأنه أقر بما هو مسلط عليه من جهة الشرع لأنه مسلط على ما فيه إصلاح الصغير والإنفاق عليه وعلى رقيقه مقدار حاجتهم إصلاح لهم فيصدق فيه. ولو قال اشتريت من فلان العبيد الذي في يده ودفعت الثمن وأنكر ذو اليد يصدق على الصبي دون ذو اليد لأنه مسلط على الشراء والبيع وتنمية مال الصبي فإنه إصلاح لها لكيلا يستأصلها النفقة. ولو قال استأجرت رجلاً لرد الآبق صدق اتفاقاً لأن الاستئجار فعل هو مسلط عليه شرعاً لما فيه من أصلاح الصغير وإحيائه، وأما القسم الثاني لو قال أنفقت من مالي لأرجع عليك لم يصدق، ولذلك لو قال استهلكت مالاً فأديت ضمانه وأنفقت على أخ لك كان زمناً لم يصدق لأنه أقر بما لم يكن مسلطاً عليه لأنه غير مسلط على الإنفاق من مال نفسه ولا على الإنفاق من مال اليتيم على محارمه قبل فرض القاضي. وأما القسم الثالث لو قال أبق غلامك وأديت جعلاً الآبق وأديت خراج أرضك عشر سنين وقال الوارث لم تؤد إلا حظ سنة صدق الوصي عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وكذلك لو اختصما والأرض لا تصلح للزراعة بأن غلب عليها الماء وقال الصبي كانت كذلك وقال الوصي كانت صالحة فعلى الخلاف، وعلى الأول لو كانت تصلح للحال يصدق الوصي إجماعاً بعدما أنفقا على مدة المالك لأن الوصي أقر بما ليس بمسلط عليه شرعاً لأن ذلك ليس من الغلة والتسليط يتحقق على فعل الغير فلا يصدق فيه كما لو قال إن عبدك جنى ففديته بكذا أو استهلك مال إنسان فأديت ضمانه من مالك لا يصدق فكذا هذا. لأبي يوسف أنه أقر بما هو مسلط عليه شرعاً في ماله لأنه بدل مال الصبي وأخذ بإزائه عوضاً يعد له أو منفعة فإنه لا يتمكن من المزارعة إلا بالخراج فكان الخراج بدل ماله ليقع مقابله، وكذلك إصلاح أمر أرضه والوصي مسلط على التصرف في مال الصبي إذا كان فيه إصلاح وإرفاق. ولو أحضر الوصي رجلاً إلى القاضي فقال إن هذا رد عبد الصبي من الإباق فوجب له الجعل وفي يدي مال هذا الصبي فأعطيه هل يصدقه القاضي؟ قيل هذا على الخلاف أيضاً، وقيل لا يصدقه بالإنفاق فيحتاج أبو يوسف إلى الفرق بينهما، والفرق أنه ثمة ادعى وجوب الجعل في ماله لغيره وهو غير مسلط على الدعوى لغيره في مال الصبي وهنا ادعى أنه كان الجعل من مال الصغير ولم يدع الجعل في ماله للحال فكان مسلطاً على التصرف في مال الصغير لإحياء ماله وإصلاحه.

ولا يتجر في ماله.

قال رحمه الله: **(وبيعه على الكبير غير العقار)** أي بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار لأن الأب لا يلي العقار لأن الأب لا يلي العقار ويلي ما سواه فكذا وصيه لأنه قائم مقامه، وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً ولا الأب كما لا يملك على الكبير الحاضر إلا أنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحساناً فيما يخاف عليه الفساد لأن حفظ ثمنها أيسر وهو يملك الحفظ، وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه للبيع. ولو كان عليه دين باع العقار، ثم إن كان الدين مستغرقاً باع كله بالإجماع، وإن لم يكن مستغرقاً بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة إلى الأكثر من ذلك، وعند أبي حنيفة جاز له أن يبيع كله لأنه يبيعه بحكم الولاية فإذا ثبت في البعض ثبت في الكل لأنها لا تتجزئ، ولو كان يخاف هلاك العقار ويملك بيعه لأنه تعين حفظاً للمنقول والأصح أنه لا يملك لأنه نادر. وقال في العناية: فإن قلت علم حكم ما إذا كان الكل كباراً غيباً أو الكل صغاراً بقي حكم ما إذا كان بعضهم كباراً وبعضهم صغاراً قال في المحيط: وإن كانت الورثة صغاراً وكباراً وعلى الميت دين أو أوصى لوصيه بيع العروض والعقار عند أبي حنيفة، وعندهما يبيع المنقول وحصة الصغير في العقار، وأما حصة الكبار الحضر فلا يملك بيعها وإن كانوا غائبين فيملك وقد تقدم بيانه. قال رحمه الله: **(ولا يتجر في ماله)** أي الوصي لا يتجر في مال اليتيم لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة. فإن قلت: هذه العبارة على إطلاقها غير صحيحة لأن المنقول في جامع الفصولين وفي غيره أن للوصي أن يتجر في مال اليتيم وينبغي أن يكون المراد ولا يتجر النفسه في مال اليتيم كما صرح به قاضيخان، ووصي الأخ والعم والأم في مال تركتهم ميراثاً للصغير بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب بخلاف مال آخر للصغير غير ما تركه الموصي حيث لا يملك الوصي بيعه لأن الوصي قائم مقام الموصي وهو الأخ ومن بعده وليس لواحد منهم التصرف في مال الصغير فكذا وصيهم بخلاف الأب والجد حيث يكون لهم ولاية التصرف في مال الصغير مطلقاً من غير تقييد فيما تركه ميراثاً فكذا وصيه يملك ذلك، ويشهد للقيد الذي ذكرناه ما في المبسوط: وللوصي أن يأخذ مال الصغير مضاربة لأنها تجارة وليس له أن يؤاجر نفسه من اليتيم لأن القيام بمصالح اليتيم واجب على الوصي فلا حاجة إلى استئجاره. وصي كان في يده ألف درهم لأخوين فقال دفعت إلى أحدهما نصيبه وكذبه المدفوع إليه فالباقي بينهما نصفان ولا يضمن الوصي لأنه أمين فيه وهو مسلط على الدفع والرد فيصدق فيه. وصي عنده ألفان ليتيمين فأدركا فدفع إلى أحدهما ألفاً وصاحبه الآخر حاضر وجحد القابض القبض منه يغرم الوصي خمسمائة بينهما لأن قسمته لا تجوز، ولو كان القابض مقراً كان للآخر أن يأخذ منه خمسمائة، وإن شاء ضمن الوصي ورجع بها عليه لأنها لما لم تجز القسمة بقي الآخر شريكاً فيما قبضه صاحبه فله أن يأخذ نصيبه

....

منه والوصي بالدفع صار ضامناً، ومتى أدى الضمان ملك المضمون وهو نصيب الجاحد رجع بنصيبه على صاحبه. ولو قال لهما بعدما كبرا قد دفعت إليكما ألفاً فصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المنكر على أخيه بمائتين وخمسين درهماً، وإن أنكر لم يكن لهما على الولي شيء لأنه أمين ادعى رد الأمانة إلى صاحبها. ولو قال الوصي دفعت إلى كل واحد منكما خمسمائة على حدة وصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المكذب على الوصي بمائة وخمسين درهماً لأن قسمته لا تجوز عليهما وهما حاضران، ولو كانا غائبين جازت القسمة عليهما. رجل مات وترك ابنين صغيرين فلما أدركا طلبا ميراثهما فقال الوصي جميع تركة أبيكما ألف وقد أنفقت على كل واحد منكما خمسمائة فصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المكذب على المصدق بمائتين وخمسين ولا يرجع على الوصي في ذلك عند زفر وهو رواية عن أبي حنيفة، وفي رواية عن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه يرجع لأن الوصي أمين ادعى صرف الأمانة إلى نفقتهما وحاجتهما وهو مسلط عليه من جهة الشرع فيصدق فيه في حق براءة نفسه عن الضمان، ولا يصدق في إبطال حق المكذب فيما وصل إلى المقر بالنفقة فصار المقر مقراً بالشركة فيما وصل إليه وذلك خمسمائة. وقال أبو يوسف: لا يرجع المقر على المنكر بشيء والقول قول الوصي لأنه تصدق في الإنفاق على المنكر لأنه مسلط عليه وهو مأمور من جهة الشرع فيصدق فيه فثبت الإنفاق عليه فصار كأنه وصل إليه خمسمائة معاينة. وفي الفتاوى: رجل باع ضيعة اليتيم من مفلس يعلم أنه يعجز عن استيفاء ثمنه منه قال: يؤجل القاضي المشتري ثلاثة أيام فإن نقده الثمن وإلا نقض البيع. وقال نصير بن يحيى: للموصي أن يأكل من مال اليتيم ويركب دابته إذا ذهب في حاجته. قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا كان محتاجاً لقوله تعالى ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء: ٦] فإن لم يكن محتاجاً لا يجوز لقوله تعالى ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً﴾ [النساء: ١٠] الآية من غير تفصيل ولكن هذه الآية صارت منسوخة بالأولى. وذكر في المنتقى: لا يركب الوصي من مال اليتيم في حاجته إلا بإذن القاضي والنفقة من مال الموصي. وفي فتاوى الفضلي: وصي أخذ أرض الصبي مزارعة قال: لا يجوز إن شرط البذر على اليتيم لأنه صار مؤجراً نفسه ببعض الخارج وليس له أن يؤاجر نفسه من الصبي، وإن كان البذر منه يجوز عندهما إذا كان خيراً لليتيم لأنه صار مستأجراً أرضه ببعض من بذره وله أن يستأجر أرض الصبي بالدراهم فكذا ببعض الخارج. وفي واقعات الناطفي قال: ولو أخذ الوصي مال اليتيم وأنفقه في حاجة نفسه ثم رضع مثل ما أنفق لا يبرأ عن الضمان إلا أن يبلغ اليتيم فيدفعه إليه أو يشتري لليتيم شيئاً ثم يقول للشهود كان علي لليتيم كذا وكذا وأنا أشتري ذلك له فيصير قصاصاً ويبرأ عن الضمان. رجل بنى جداراً بين دار بين الصغيرين لهما عليه حموله ويخاف السقوط ولكل واحد منهما وصي فطلب أحدهما مرمته وأبى الآخر فالقاضي يبعث أميناً لينظر فيه، فإن رأى في تركته

ووصي الأب أحق بمال الطفل من الجد.

فصل في الشهادة

شهد الوصيان إن الميت أوصى لزيد معهما لغت شهادتهما إلا أن يدعي زيد وكذا الابنان وكذا لو

ضرراً عليهما أجبر الآبي حتى يبني مع صاحبه بخلاف ما لو أبى أحد الشريكين لأنه قد رضي بإدخال الضرر عليه فلا يجبر، وههنا أراد الوصي إدخال الضرر على اليتيم فيجبر. وصي على يتيمين فباع دار أحدهما فإذا هي لليتيم الآخر فهو جائز وقد تقدم ما يخالف ذلك في قوله «وتنفيذ وصية معينة». وإذا باع القاضي على أنهما لفلان فإذا هي لآخر لا يجوز لأن هذا قضاء والقضاء إذا كان المقضي عليه مجهولاً لا يجوز. قال رحمه الله: **(ووصي الأب أحق بمال الطفل من الجد)** وقال الشافعي رحمه الله: الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب عند عدمه حتى أحرز ميراثه فيتقدم على وصيه. ولنا أن ولاية الأب تنتقل إليه بالإيصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه في المال والجد في الولاية لأنه أقرب إليه وأشفق عليه حتى ملك الإنكاح دون الوصي.

فصل في الشهادة

قال صاحب النهاية: لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً يختص بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها. قال رحمه الله: **(شهد الوصيان إن الميت أوصى لزيد معهما لغت شهادتهما)** أي بطلت لأنهما يجران نفعاً لأنفسهما بإثبات العين لهما فترد للتهمة فإذا ردت ضم القاضي إليهما ثالثاً لأن في ضمن شهادتهما إقراراً منهما بوصي آخر معهما للميت وإقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد الوصي لامتناع تصرفهم بدونه فصار حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الأوصياء الثلاثة وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصي لامتناع تصرفهم بدونه فصار كأنه مات ولم يوص لأحد فيضم إليهما ثالثاً ليمكنهم التصرف، وهذا وجه الاستحسان فيجب الضم. قال صاحب النهاية: فإن قيل إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصياً آخر فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه قلنا: القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصى إليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنهما لا تدبير لهما في هذا المال إلا بالثلث فأسند من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذا هنا؛ كذا ذكره الإمام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير. وإلى هنا لفظ النهاية واقتفى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية. وقال تاج الشريعة: ولو سألا من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصياً معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما إلى ذلك اهـ. ثم إن هذا حال الضم إلى الوصيين مطلقاً، وأما فيما نحن فيه فيجب على

شهد الولد صغير بمال على الميت أو لكبير بما للميت ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين

القاضي أن يضم الثالث إليهما ألبتة وإن بطلت شهادتهما كما مضى عليه في عامة الكتب المعتبرة ا هـ. ولم يتعرض لما إذا أنكر المشهود عليه أو صدقه ولم يقبل ورد أو لم يرد ونحن نذكره تتميماً للفائدة قال في الأصل: وإذا كذبهما المشهود عليه أدخل معهما رجلاً آخر سوى المشهود عليه، ومن مشايخنا من قال: ما ذكروا من أنه يدخل معهما ثالثاً هذا قول أبي حنيفة ومحمد، وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما ثالثاً، ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعاً وهو الظاهر فإنه لم يوجد فيه خلاف وإن صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما ثالثاً بخلاف ما لو قبل ثم أبى لا يقبل رده وإباؤه؛ إلى هنا لفظ المحيط. ثم إن بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه: إن وجوب كون المضموم هذا المدعي إثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر ا هـ. أقول: ليس هذا بشيء لأن شهادة المتهم إنما لا تقبل في إثبات حق شرعي وإيجابه في اسقاط شيء كمؤنة التعيين فميا نحن فيه فإن شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وإن لم تثبت الوصاية كما أشار إليه المصنف بقوله «فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه». أما الوصاية فتثبت بنصب القاضي، وكم من شيء يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الإثبات كالاستصحاب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضاً كذلك فيترتب عليها أثر الدفع، وقد أفصح عنه صاحب العناية حيث قال: وجه الاستحسان أن القاضي ملك نصب الوصي إذا كان طالباً والموت معروفاً فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن، وإنما أسقطنا عنه مؤنة التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الأنصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين ا هـ.

قال رحمه الله: **(إلا أن يدعي زيد)** أي يدعي زيد أنه وصي معهما فحينئذ تقبل شهادتهما وهذا استحسان. والقياس أن لا تقبل كالأول. وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم إليهما ثالثاً على ما بينا آنفاً وتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصياً معهما بنصف القاضي إياه كما إذا مات ولم يترك وصياً فإنه ينصب وصياً ابتداء فهذا أولى. قال رحمه الله: **(وكذا الابنان)** يعني لو شهد الابنان أن أباهما أوصى إلى رجل وهو منكر لا تقبل شهادتهما لقول شريح لا أقبل شهادة خصم ولا مرتاب أي متهم، وإن ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحساناً على أنه نصب وصياً ابتداء على ما ذكرنا في شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما إذا شهدا أن أباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل، سواء ادعى الرجل الوكالة أو لم يدع، لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصي. قال رحمه الله: **(وكذا لو شهد الولد صغير بمال على الميت)** أي لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال على الميت لا تقبل فشهادتهما باطلة لأنهما يثبتان ولاية التصرف لأنفسهما في ذلك فصارا متهمين أو خصمين فلا تقبل. قال رحمه الله: **(أو لكبير بما للميت)**

ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثله تقبل وإن كانت شهادة كل فريق بوصية ألف لا.

يعني إذا شهدا الوصيان لولد كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما أيضاً لأنهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لأنفسهما عند غيبة الوارث بخلاف شهادتهما لكبير بخلاف التركة لانقطاع ولايتهما عنه لأن الميت أقامها مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما إذا كان الوراث صغيراً أو الموصي أباً حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لأن لوصي الأب التصرف في مال الصغير في جميعه فيكونان متهمين فلهذا لم يقيده بالمال الموروث منه في حق الصغير وقيده به في الكبير، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إذا شهد الوارث كبير يجوز في الوجهين أي في التركة وغيرها لأن ولاية التصرف لا تثبت لهما في مال الميت إذا كان الورثة كباراً فعرت عن التهمة بخلاف ما إذا كانوا صغاراً على ما بيناه والحجة عليهما ما بيناه. وفي المحيط: إذا شهد غرماء الميت أنه أوصى لفلان بكذا لا تقبل شهادتهم قياساً. ولو شهد أحدهما أنه أوصى لفلان بثلث ماله وشهد الآخر أنه أوصى له بثلث ماله وقال أعطوا منه فلاناً ألف درهم قال محمد: يعطي الموصى له ثلث المال ولا ينقص منه ألفاً فكأنه أوصى له بثلث الألف لأنهما اتفقا على الشهادة بالثلث وانفرد أحدهما بشهادة الألف لفلان فما اتفقا عليه يقبل، وما انفرد أحدهما به يرد لأن القائم به شهادة فرد وصار بمنزلة مالو استثنى أحدهما شيئاً من الألف. وإذا شهد شاهدان أن الميت أوصى لهذين بدراهمه وشهد شاهدان أنه أوصى لهما بدنانير أو اثنان بعبد والآخران بدارهم جازت الشهادة لأن كل فريق يشهد على عقد الوصية لا على الملك، ويمكن إثبات العقدين، ومتى كان الموصى به واحداً بطلت الشهادتان كما لو شهد أحد الفريقين بالبيع من هذا والآخر ببيعه من هذا لم تقبل، ومتى كان الموصى به مختلفاً فقد أمكن إثبات الوصيتين فتقبل. وإذا شهدا الوصيان لرجل كبير أنه ابن الميت جاز وإن كان صغيراً لم يجز قياساً لأنهما يقبضان ميراثه فيكونان متهمين، وتقبل استحساناً على النسب وعلى التزويج لأن المشهود به النسب واستحقاق الميراث إنما يثبت حكماً لبيان النسب لا مقصوداً بالشهادة.

قال رحمه الله: (**ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثله تقبل وإن كانت شهادة كل فريق بوصية ألف لا**) وهذا عند محمد. وقال أبو يوسف: لا تقبل في الدين أيضاً، ويروي أبو حنيفة محمد ويروي مع أبي يوسف، وعن أبي يوسف مثل قول محمد. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنهم إذا جاؤوا معاً وشهدوا فالشهادة باطلة، وإن شهد اثنان لاثنين فقبلت ثم ادعى الشاهدان بعد ذلك على الميت بألف درهم فشهد لهما الأولان تقبل. قال في العناية: جنس هذه المسائل أربعة أوجه: الأول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين، والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال، والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهد

....

الرجلان بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد، والرابع وهو المذكور في الكتاب آخراً هو أن يشهد الرجلان بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد يعني ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال، ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع، ما لم تثبت فهي التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب، وأما الوجه الأول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضاً ا هـ.
أقول: تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لأنه إن أراد بالأوجه الأقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير: أحدها ما اتفقوا عل جوازه وثانيهما ما اتفقوا على عدم جوازه، وثالثهما ما اختلفوا فيه. وما عداه وجه رابع داخل في القسم الثاني لا محالة. وإن أراد بها الأمثلة فهي خمسة لا أربعة كما تدل عليها عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين منها وجهاً واحداً على أن قوله الأول ما اختلفوا فيه، والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه، والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعده كون مراده بالأوجه هو الأمثلة بل يقتضي كون مراده بها هو الأقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى. ثم إن صاحبي النهاية والكفاية وإن ذهبا أيضاً إلى كون الأوجه في جنس هذه المسائل أربعة إلا أن تقريرهما لا ينافي كون المراد بالأوجه هو الأمثلة والمسائل دون الأقسام الكلية والأصول كما ينافيه تقرير صاحب العناية فإنهما قال: وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه: في الوجه الأول تقبل الشهادة بالإجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين أخرى كالجارية لأنه لا شركة للمشهود فيه فلا تتمكن التهمة، وفي الوجه الثاني لا تقبل بالإجماع وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضاً، وفي الوجه الثالث لا تقبل أيضاً وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى للشاهدين الأولين بثلث ماله لأن الشهادة مثبتة للشركة، وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين، ثم إن الحق أن تثبت القسمة ههنا كما فعله الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا حيث قال: وإذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين على الميت فإن هذا على ثلاثة أوجه: في وجه تقبل شهادتهما بالإتفاق. وفي وجه لا تقبل بالإنفاق. وفي وجه اختلفوا فيه ثم فعل كل وجه بالثلاثة. ودليله كما فعل شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال: وههنا ثلاثة فصول: أحدها ما لا تقبل فيه الشهادة بالأتفاق. والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالأتفاق. والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منهما. لمحمد أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة فيه إذا لم يجب بسبب واحد ولهذا يختص أحدهما بما قبض ولا يكون للآخر حق المشاركة، ولا ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط الدين وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر فلا يمكن الشركة بينهم فصار كما لو شهد الفريقان في حال حياته بخلاف الوصية فإن حق الموصى له يتعلق بالعين المتروكة حتى لا

....

يبقى بعد هلاك التركة، وليس للوارث أن يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر. ولو قبض أحد الفريقين شيئاً كان للفريق الآخر حق المشاركة فكان كل فريق مثبتاً لنفسه حق المشاركة في التركة فلا تصح شهادتهما. ولأبي يوسف أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها إذا كان مستغرقاً بالدين فشهادة كل فريق للآخر تلاقي محلاً اشتركا فيه فصار نظيره مسألة الوصية فلا تقبل بخلاف الشهادة في حال الحياة لأن الدين في ذمته لبقائها في المال فلا تتحقق الشركة. وجه رواية الحسن أنهما إذا جاءا معاً كان ذلك بعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة ترد بخلاف ما إذا كان على التعاقب لأن الأول قد مضى وثبت بمعنى المعاوضة فلا تهمة، والثاني لا يزاحمه الأول عند صدوره فصار كالأول والوصية بجزء شائع كالوصية بالدراهم المرسلة فميا ذكرنا من الأحكام حتى لا تقبل فيها شهادة الفريقين لأنها تثبت التركة. ولو شهد رجلان أنه أوصى لرجلين بعين كالعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله أو بالدراهم المرسلة فهي باطلة لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة بخلاف ما إذا شهد رجلان لرجلين أنه أوصى لهما بعين أخرى حيث تقبل الشهادتان لأنه لا شركة فلا تهمة والله تعالى أعلم.

كتاب الخنثى

هو من له فرج وذكر فإن بال من الذكر فغلام وإن بال من الفرج فانثى فإن بال

كتاب الخنثى

وهو على وزن فعلى بالضم من التخنث وهو اللين والمتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه. وسمى خنثى لأنه يتكسر وينقص حاله عن حال الرجل وجمعه خناثي. وفي الشرع ما ذكره المؤلف. قال في النهاية: لما فرع من بيان أحكام من له آلة واحدة من النساء والرجال شرع في بيان من له آلتان فقدم ذكر الأول لما أن الواحد قبل الاثنين، ولأن الأول هو الأعم والأغلب وهذا كالنادر فيه ا هـ. أقول: فيه بحث؛ أما أولاً فلأن ما ذكر في الكتب السابقة من الأحكام ليس بمخصوص بمن له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان ألا ترى أن الأحكام المارة في كتاب الوصاية مثلاً جارية بأسرها في حق الخنثى أيضاً، وكذلك الحال في أحكام ... الكتب المتقدمة كلها أو جلها، فما معنى قوله «لما فرغ من أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آلتان» وجعل المصنف في الهداية لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الأول لبيانه والفصل الثاني لأحكامه حيث قال: فصل في بيانه ثم قال: فصل في أحكامه. فهو في هذا الكتاب إنما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان أحكامه وإنما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الأول وإن صح أن يقال شرع في أحكامه أيضاً بتأويل ما فما معنى تخصيص الشروع بالثاني في قوله «شرع في بيان أحكام من له آلتان»؟ وقال في العناية: لما فرغ من أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود ا هـ. وإنما قال المشكل ولم يقل المشكلة لأن ما لم يعلم تذكيره ولا تأنيثه الأصل فيه التذكير. قال رحمه الله: **(هو من له فرج وذكر)** يعني الخنثى من له فرج المرأة وذكر الرجل، وظاهر عبارة المؤلف أنه لا بد من الآلتين. قال البقالي: أو لا يكون فرج ولا ذكر ويخرج بوله من ثقب في المخرج أو غيره، ولا يخفى أن الله يخلق ما يشاء فيخلق ذكراً فقط أو أنثى فقط أو خنثى. قال رحمه الله: **(فإن بال من الذكر فغلام وإن بال من الفرج**

منهما فإن استويا ولا عبرة بالكثرة إن بلغ وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فرجل وكذا إذا احتلم من الذكر وإن ظهر له ثدي أو لبن أو أمكن وطؤه فامرأة وإن لم تظهر له علامة أو تعارضت فمشكل فيقف بين صف الرجال والنساء وتبتاع له أمة تختنه فإن

فانثى) لأنه عليه الصلاة والسلام سأل كيف يورث فقال: من حيث يبول. وعن علي رضي الله عنه مثله. وروي أن قاضياً من العرب في الجاهلية رفع عليه هذه الواقعة فجعل يقول هو ذكر وامرأة فاستبعد قوله ذلك فتحير ودخل فجعل يتقلب على فراشه ولا يأخذه النوم لتحيره وكانت له بنت تغمز رجله فسألته عن ذكره فأخبرها بذلك فقالت: دع المحال واتبع الحكم المبال فخرج إلى قومه فحكى لهم ذلك فاستحسنوا فعرف بذلك أن هذا الحكم كان في الجاهلية فأقره الشرع، ولأن البول من أي عضو كان فهو دليل على أنه هو العضو والأصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب. وذلك إنما يقع به الولادة لأن منفعة تلك الآلة خروج البول وذلك عند انفصاله من أمه وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعده فعلم بذلك أنه هو الأصل. قال رحمه الله: **(فإن بال منهما)** فالحكم للأسبق لأنه دليل على أنه هو العضو الأصلي، ولأنه كما خرج البول حكم بموجبه. لأنه علامة تامة فلا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الآلة الأخرى. قال رحمه الله: **(فإن استويا)** أي في السبق فمشكل لعدم المرجح. قال رحمه الله: **(ولا عبرة بالكثرة)** وهذا عند أبي حنيفة وقالا: ينسب إلى أكثرهما بولاً لأنه يدل على أنه العضو الأصلي ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة. وله أن كثرة ما يخرج ليس بدليل على الآلة لأن ذلك لاتساع المخرج وضيقه لا لأنه هو العضو الأصلي، ولأن نفس الخروج دليل بنفسه فالكثرة لا يقع بها الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والأربعة، وقد استقبح أبو حنيفة اعتبار ذلك فقال: هل رأيت قاضياً يكيل البول بالأواقي؟ قال رحمه الله: **(إن بلغ وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فرجل وكذا إذا احتلم من الذكر)** لأن هذه من علامة الذكر. قال رحمه الله: **(وإن ظهر له ثدي أو لبن أو أمكن وطؤه فامرأة)** لأن هذه من علامات النساء. قال رحمه الله: **(وإن لم تظهر له علامة أو تعارضت فمشكل)** لعدم ما يوجب الترجيح. وعن الحسن أنه يعد أضلاعه فإن أضلاع الرجل تزيد عن أضلاع المرأة بواحد.

قال رحمه الله: **(فيقف بين صف الرجال والنساء)** لأنه يحتمل أن يكون ذكراً ويحتمل أن يكون أنثى لأنه لو وقف في صف النساء، فإن كان ذكراً تفسد صلاته في صف النساء، ولو وقف في صف الرجال تبطل صلاته من يحاذيه، إن كان أنثى فلا يتخلل الرجال ولا النساء، وإن وقف في صف النساء فإن كان بالغاً تفسد صلاته، وإن كان مراهقاً يستحب له أن يعيد. والأصل في أحكامه أن يؤخذ بالأحوط فالأحوط ويعيد الذي عن يمينه ويساره والذي خلفه الصلاة احتياطاً لاحتمال أنه امرأة. ويستحب أن يصلي بقناع لاحتمال أنه امرأة، ولو كان

....

بالغاً حراً يجب عليه ذلك. ويجلس في صلاته جلوس المرأة لأنه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً بجلوسه جلوس الرجال. والأصل فيه فيما يرجع إلى العبادات قال محمد: أحب إلي أن يصلي بقناع لاحتمال أنه امرأة يريد قبل البلوغ، وإن صلى بغيره فإن كان غير بالغ لا يؤمر بالإعادة إلا استحساناً تخلقاً واعتباراً، وفي الهداية: صلى بغير قناع امرأة أن يعيد وهو الاستحسان. هذا إذا كان الخنثى مراهقاً غير بالغ، فإن كان بالغاً فإن بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء لا تجزيه الصلاة بغير قناع إذا كان الخنثى حراً. وفي السنغاقي وفي بعض النسخ: وإن كان بالغاً فصلى بغير قناع امرأة فإنه يعيد وهذا بطريق الاحتياط؛ هكذا لفظ المبسوط. ولم يتعرض فيه أن طريق الاحتياط فيه على وجه الاستحباب أو على وجه الوجوب. والظاهر هو الوجوب قال: ويجلس في صلاته كجلوس المرأة. ولو أحرم هذا الخنثى وقد راهق ولم يبلغ ولم يستبن أنه امرأة قال أبو يوسف: لا علم لي بلباسه. وقال محمد: إن لبس المخيط كان أحوط لجواز أنها أنثى فلا يحل لها كشف العورة. قال: ويكره أن يلبس الحلي. وأراد به ما بعد البلوغ بالسن إذا لم يظهر به علامات يستدل بها على كونه رجلاً أو امرأة. ويكره لبس الحرير أيضاً قال: وأكره له أن ينكشف قدام الرجال أو قدام النساء. ومعناه إذا كان قد راهق. فإن قلت: وهل يكره أن يخلو به رجل أجنبي ليس بمحرم منه أو يخلو هو بامرأة أجنبية ليس بمحرم منها؟ قلت: نعم إذا خلا بالخنثى رجل محرم منه فلا بأس، وكذلك الخنثى إذا خلا بامرأة هو محرم منها. ولا يسافر الخنثى بامرأة هي غير محرم منه، ولا بأس أن يسافر الخنثى مع محرم من الرجال ثلاثة أيام ولياليها، ولا يختنه رجل وامرأة لأن الخنثى صبي أو صبية؛ فإن كان صبياً يجوز للرجال أن يختنه، وإن كان مراهقاً يشتهي أو لا، وإن كان صبية فلا بأس للنساء أن تختنها إذا كانت غير مراهقة لأنها لا تشتهي، وإذا كانت غير مراهقة وهي تشتهي أو لا، فإن قيل ما الفرق بين الحياة والموت حيث قلتم إذا مات الخنثى يميم بالصعيد، ولا يغسله رجل ولا امرأة ولم تقولوا أنه يشتري له جارية من ماله أو من مال أبيه أو من مال بيت المال إذا لم يكن لها مال ثم يبيعها الإمام بعد ما غسلته ويرد ثمنها إلى بيت المال؟ قلنا: شراء الجارية بعد موت الخنثى لتغسله لا تفيد إباحة الغسل لأنه لا يملكها الخنثى ولا يبقى على ملكه لحاجة الغسل، فأما ما دام حياً فهو من أهل الملك لأنه رجل أو امرأة فيملك الجارية التي اشتريت له، وإذا ملك الجارية التي اشتريت له كان شراء الجارية يفيد إباحة الختان. قال رحمه الله: **(وتبتاع له أمة تختنه)** يعني بماله لأنه يجوز لمملوكه النظر إليه مطلقاً إن كان ذكراً، وللضرورة إن كان أنثى، ويكره أن يختنه رجل لاحتمال أنه ذكر أو امرأة لاحتمال أنه أنثى فكان الاحتياط فيما ذكرنا لأنه لا يحرم على تقدير أن يكون ذكراً وعلى تقدير أن يكون أنثى لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف. والأصل في مسائل النكاح لو زوج الأب هذا الخنثى امرأة قبل

لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع وله أقل النصيبين فلو مات أبوه وترك ابناً له

بلوغه أو زوجة فالنكاح موقوف لا يفسد ولا يبطل ولا يتوارثان حتى يستبين أمر الخنثى لأن التوارث حكم النكاح النافذ لا حكم النكاح الموقوف، فإن زوجه الأب امرأة وبلغ وظهر علامات الرجال ونحوه حكم بجواز النكاح إلا أنه أذا لم يصل إليها فإنه يؤجل سنة كما يؤجل غيره إذا لم يصل إلى امرأته. ولو أن هذا الخنثى المشكل تزوج خنثى مثله فالنكاح يكون موقوفاً إلى أن يستبين حالهما، فإن تبين حالهما فالنكاح جائز، وإن مات أحدهما أو ماتا قبل أن يزول الإشكال لم يتوارثا، وإن ماتا وتركا أحد الأبوين فأقام كل واحد من ورثتهما البينة أنه هو الزوج وأن الأخر هو الزوجة لا يقضى بشيء من ذلك، ولو أن رجلاً قبل هذا الخنثى بشهوة ليس لهذا الرجل أن يتزوج بمحارمه حتى بتبين أمره.

قال رحمه الله: **(فإن لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع)** لأن بيت المال أعد لنوائب المسلمين فيدخل في ملكه تعذراً للحاجة وهي حاجة الختان، فإذا ختنته تباع ويرد ثمنها إلى بيت المال، فإذا زوج امرأة فختنته ثم طلقها جاز لأنه إن كان ذكراً صح النكاح، وإن كان أنثى فنظر الجنس أخف ثم يفرق بينهما لاحتمال أنه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل الفرقة ثم تعتد إن خلا بها احتياطاً. ولو حلف بعتق أو طلاق بأن قال إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت طالق أو فعبدي حر فولدت خنثى لم يقع شيء حتى يستبين لأن الخنثى لم يثبت بالشك، ولو قال كل عبد لي حر أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لا يعتق حتى يستبين أمرء لما قلنا. وإن قال القولين جميعاً عتق للتيقن بأحد الوصفين لأنه لا يخلو عن أحدهما، وإن قال الخنثى أنا رجل وامرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً لأنه دعوى بلا دليل. وذكر في النهاية معزياً إلى الذخيرة: إن قال الخنثى المشكل أنا ذكر أو أنثى كان القول قوله لأن الإنسان أمين في حق نفسه والقول قول الأمين ما لم يعرف خلاف ما قال ما إذا قالت المعتدة انقضت عدتي وأنكر الزوج كان القول قولها ما لم يعرف خلاف قولها بأن قلت في مدة لا تنقضي في مثلها العدة، والأولى ما ذكره في النهاية. ولا يحضر الخنثى غسل رجل ولا امرأة لاحتمال أنه ذكر أو أنثى، ويستحب أن يسجي قبره لأنه أن كان أنثى أقيم واجب، وإن كان ذكر لا يضره التسجية. وإذا أراد أن يصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الأمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى، ويؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة، ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل. ولو دفن مع رجل في قبر واحد للعذر جعل خلف الرجل لاحتمال أنه امرأة ويجعل بينهما حاجزاً من صعيد ليكون في حكم القبرين. وكذا الرجلان إذا دفنا في قبر واحد. وإن دفن مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه أنثى، ويدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال أنه أنثى. ولم يتعرض المؤلف لما يتعلق بالخنثى من الحدود والقصاص، ولا لما يتعلق به من الأيمان، ولا لما يتعلق به من الدعوى والبينة، ولا لبيان الاختلاف الواقع فيه، ولا لبيان

. . . .

شهادته. قال في الأصل: ولو أن رجلاً قذف الخنثى المشكل قبل البلوغ أو قذف الخنثى رجلاً فلاحد على القاذف، أما إذا كان القاذف هو الخنثى فلأنه صبي أو صبية، فإما إذا كان القاذف رجلاً فلأنه غير محصن لأن البلوغ من أحد شرائط إحصان القذف كالإسلام، وإن قذف الخنثى بعد بلوغه بالسن، فإن ظهر له علامة يستدل بها على كونه ذكراً أو أنثى حد حد الرجال أو النساء، ولو قذف الخنثى رجلاً بعد ظهور علامة الرجال أو قذفه رجل فهما سواء فيجب الحد، وإن لم يظهر له علامة فلا حد على قاذفه. وهذا لأن الخنثى وإن صار محصناً بالبلوغ إلا أنه لم يظهر عليه علامة الأنوثة أو الذكورة يجوز أن يكون هذا رجلاً وأن يكون امرأة، فإن كان امرأة فهو بمنزلة الرتقاء لأنها لا تجامع كالرتقاء. ومن قذف رجلاً مجبوباً أو امرأة رتقاء لا حد عليه، وإن كان الخنثى هو القاذف يحد لأنه مجبوب بالغ أو رتقاء بالغة، والمجبوب البالغ والرتقاء البالغة إذا قذف إنساناً يجب عليه الحد. وإن سرق بعد ما أدرك يجب عليه الحد. وإن سرق منه ما يساوي عشرة يقطع السارق. رجل أو امرأة. ولو قطع يد هذا الخنثى قبل أن يبلغ أو يستبين أمره فلا قصاص على قاطعه. سواء كان القاطع رجلاً أو امرأة. وعلى هذا الخلاف إذا قتل الخنثى رجلاً أو امرأة عمداً كان عليه القصاص، وإن قطع هذا الخنثى يد رجل أو امرأة فعلى عاقلته أرش ذلك وبعد البلوغ إذا قطع يد إنسان قبل أن يستبين أمره عمداً فإنه يجب عليه الأرش. في ماله وإن شهد مغنماً يرضخ له ولا يسهم، وإن ارتد عن الإسلام قبل أن يدرك أو بعدما أدرك لا يقتل عندهم جميعاً، أما قبل فإنه صبي أو صبية وردة الصبي والصبية لا تصح عند أبي يوسف. وعند أبي حنيفة ومحمد أنه وإن كان يصح ردة الصبي العاقل والصبية العاقلة إلا أنه لا يقتل على الردة عندهما، وبعد البلوغ تصح ردته بالإجماع إلا أنه لا يخلو إما أن يكون رجلاً أو امرأة، فإن كان رجلاً حل قتله ولا يحل إن كان امرأة فلا يحل بالشك. وإن كان من أهل الذمة لا يوضع عليه خراج رأسه حتى يدرك ويستبين أمره ولا يدخل في القسامة، ولو كان الخنثى أبوه حياً فقال هو غلام ولا يعرف ذلك إلا بقوله لكان القول قوله، وكذلك لو قال هي جارية فالقول قوله إذا لم يكن مشكل الحال لأن الوصي قائم مقام الأب، وإن كان مشكل الحال لم يصدق. وإن قتل الخنثى خطأ قبل أن يستبين أمره قال القول في ذلك قول القاتل أنه ذكر أو أنثى إن كانت الدية تجب على القاتل إن لم يكن له عاقلة، وإن كان له عاقلة فالقول قول العاقلة، وإن قالوا لا ندري فالقول قولهم ووجب عليهم دية، وإن قالوا إنه أنثى وورثة الخنثى ادعوا أنه ذكر فالقول قول العاقلة لأنهم يدعون على القاتل والعاقلة زيادة خمسة آلاف درهم والقاتل والعاقلة ينكرون ذلك فيقضى عليهم بدية المرأة ويتوقف العقل إلى أن يستبين أمره أنه ذكر أو أنثى. رجل مات وترك ذكراً وخنثى وزوجة فمات الخنثى بعد موت أبيه فادعت أم الخنثى أنه ذكر وأنه كان ورث من أبيه نصف المال بعد الثمن لأنه مات وترك ابنين وامرأة ثم مات الخنثى فورثت ثلث

....

ذلك النصف لأن الخنثى مات وترك أماً وأخاً ترث الأم ثلث ذلك النصف وقال ابن الميت وهو أخ الخنثى لا بل كانت الخنثى جارية وورثت الثلث من الميت بعد الثمن ثم ماتت فورثت أنت ثلث ذلك فالقول قول أخي الخنثى إلا أن الأخ يستحلف على العلم بالله ما تعلم أنه كان ذكراً. وإذا قامت الأم البينة أنه كان يبول من مبال الرجال ولا يبول من مبال النساء فإنه يرث من أبيه ميراث النصف بعد الثمن، ثم ترث الأم ثلث ذلك النصف من الخنثى. وإن أقام أخ الخنثى البينة أنه يبول من مبال النساء ولا يبول من مبال الرجال وأنها ورثت الثلث من الأب بعد الثمن فلأم الخنثى ذلك الثلث، وإن أقام رجل البينة أن أبا الخنثى كان زوجها منه على ألف درهم وطلب ميراثها وصدقه الابن أو كذبه ولم تقم الأم البينة أن أب الخنثى على ما ادعت فإنه يقبل قول الزوج ويجعل عليه المهر وورث من الخنثى ميراث الزوج وورث أم الخنثى من الصداق الذي يبقى على الزوج وما ترك الخنثى. وإن أقام الأخ بينة على ما ادعت أنه كان يبول من مبال الرجال ولا يبول من مبال النساء إن أقام الزوج البينة أنها كانت أنثى وتبول من مبال النساء ولا تبول من مبال الرجال كانت بينة الأخ أولى بالرد، ولو أن هذا الخنثى المشكل الذي مات صغيراً وترك مالاً أقامت امرأة بينة أن أباه زوجها إياه في حياته ومهرها ألف درهم وأنه كان غلاماً يبول من حيث يبول الغلام ولم يكن يبول من حيث يبول النساء وكذبها الأخ ابن الميت قال: أصدق المرأة واجعله غلاماً واجعل صداقها في ميراثه من ميراث الغلام، فإن أقام الأخ ابن الميت البينة بأنه كان جارية يبول من حيث تبول الجارية قال: لا أقبل بينتهما على ذلك فأقضي ببينة المرأة.

وهذا إذا جاءا معاً، فأما إذا أقام الزوج البينة أولاً وقضى القاضي بذلك ثم أقامت المرأة البينة فإنه لا يقبل منها لترجح الأولى بالقضاء، فإن وقت أحد من البيتين وقتاً قبل الأخرى فإنه يقضى بأسبقهما تاريخاً، وإن لم يوقت ذكر أنهما يبطلان. وهذا إذا كانت المرأة تدعي الصداق، ومتى لم تدع فإنها تتهاتر البينتان. وإن كان هذا حياً لم يمت والمسألة بحالها قال: هذا كله باطل ولا أقضي بشيء منه بلا توقف في ذلك حتى يستبين حاله متى أدرك، وليس حالة الحياة عندي بمنزلة ما بعد الموت. ولو أن هذا الخنثى حين مات بعد أبيه وهو مراهق أقام رجل البينة أن أباه زوجه إياها على هذا الوقف بألف وأمره بدفعه إليه وأنه كان يبول من حيث تبول النساء وكذبه الورثة فهذا على وجهين: أما إن جاءت البينات معاً أو جاءت إحداهما قبل صاحبتها، فإن جاءتا معاً فلا يخلو إما إن لم يوقتا أو وقتا وقتاً ووقتهما على السواء أو كان وقت أحدهما أسبق، فإن لم يوقتا أو وقتا ووقتهما على السواء تهاترت البينات جميعاً، وهذا بخلاف ما لو لم يدع الزوج نصف الطلاق بالطلاق قبل الدخول. وإنما ادعى النكاح على الخنثى لا غير وباقي المسألة بحالها ذكر أن البينة المثبتة أنها امرأة وأولى. وإن وقتا وقتاً ووقت أحدهما أسبق فالسابق أولى، فإن جاءت إحداهما قبل الأخرى إن جاءت

....

الأخرى قبل القضاء بالأولى فالجواب فيه كالجواب فيما لو جاءتا معاً، فأما إذا قضى القاضي بالأولى ثم جاءت الأخرى لا تقبل الأخرى بخلاف ما لو جاءتا معاً ولم يؤرخا أوأرخا فتاريخهما على السواء فإنه لا يقضي بواحدة منهما. ولو أن هذا الخنثى المشكل مات قبل أن يظهر أمره فأقام رجل البينة أن أباه زوجها إياه بألف درهم برضاها وأنها ولدت منه هذا الولد قال: أجزت بينته واجعلها امرأته واجعل الولد ابنها. وإن لم يقم هذا الرجل البينة أن أباها زوجها إياه برضا منه وأنه دخل بها وأنها ولدت منه هذا الولد فإنه يقضى بكون الخنثى رجلاً وألزمه الولد، فإن اجتمعت الدعوتان جميعاً وجاءت البينات معاً ولم يوقتا أو وقتا على السواء فإنها تتهاترت البينات جميعاً وجاءت البينات معاً، فإن قامت إحدى هاتين البينتين وقضى القاضي بشهادتهما ثم جاءت البينة الأخرى بعد ذلك قال: لا أقبل البينة الثانية. وإن كان هذا الخنثى المشكل من أهل الكتاب فادعى رجل مسلم أن أباه زوجه إياها على مهر مسمى برضاها وأقام بينة من أهل الكتاب قال: اقضي بينة المسلم وأجعلها امرأته وأبطل بينة المرأة. وكذلك لو كان الرجل من أهل الكتاب وبينته من أهل الإسلام فيقضى للرجل دون المرأة، وهذا بخلاف ما لو وقع الدعوى في المال فادعى المسلم مالاً في يد ذمي وأقام على ذلك شاهدين كتابيين فإنه يقضى بالمال بينهما ولا ترجح إحدى الشهادتين بالإسلام. ولو مات أبو الخنثى ثم مات هذا الخنثى فادعت أمه ميراث غلام وأقر الوصي بذلك وجحد بقية الورثة وقالوا هي جارية قال: إذا جاءت الدعوى في الأموال لم يصدق وعلى الأم على ما ادعى. وإن كان هذا الخنثى حياً لم يمت فقال أنا غلام وطلب ميراث غلام من أبيه وصدقه الوصي في ذلك وأنكر بقية الورثة ذلك وقالوا هي جارية قال: لا أعطيه ميراث غلام ولا أصدقه على ذلك إلا ببينة. وإن كان وصيه أخوه زوجه امرأة ثم مات الخنثى وطلبت المرأة ميراثها وقال الوصي هو غلام وقد جاز النكاح ورثت المرأة منه وقال بقية الورثة هي جارية لا يلزم الورثة الذي أنكروا ميراث الغلام في حقهم ويلزم الوصي المقر ميراث غلام في نصيبه وترث المرأة من الخنثى ميراث الخنثى من المقر، وإن كان له أخ لأبيه وأمه فأقر أنه جارية وزوجها رجلاً ثم مات الخنثى وقد راهق قبل أن يعلم أنها امرأة وزوجها ثم مات الخنثى قبل أن يعرف حاله فإن النكاح جائز على الأخ الأول وهو الوصي، ولا يجوز على من أنكر من بقية الورثة والنكاح الثاني الذي أقر به الأخر الثاني الذي ليس بوصي باطل في حقه ولا يجوز في حق بقية الورثة. قال: وإن لم يعرف أي النكاحين أول قال أبطل هذا كله ولا أورث شيئاً منهما. وإن عرفت الذي أقر أنها امرأة وزوجها رجلاً أنها أول قال: ألزمه ميراث الأخر في نصيبه ولا ألزم غيره وأبطل النكاح. خنثى مشكل مراهق وخنثى مثله مشكل تزوج أحدهما صاحبه على أن أحدهما رجل والآخر امرأة إذا مات وأقام كل واحد من ورثتهما بينة أنه هو الزوج وأن الآخر هو الزوجة قال: لا أقضي بشيء من ذلك. وإن جاءت إحدى البينتين قبل

سهمان وللخنثى سهم.

الأخرى وقضى بها ثم جاءت البينة الثانية قال: أبطل البينة الأخرى وقضاء الأول ماضٍ على حاله بشهادة للخنثى حتى يدرك وبعدما أدرك إذا لم يستبن أمره يوقف أمره في حق الشهادة حتى يتبين أنه رجل أو امرأة أو صبي هذا الخنثى المشكل يعطى له خمسمائة درهم وتوقف الخمسمائة الأخرى إلى أن يتبين حاله أو يموت قبل التبين، فإن تبين أنه ذكر دفعت الزيادة إليه، وإن تبين أنه جارية دفعت إلى ورثة الموصي وهذا قول علمائنا قال الشيخ رحمه الله: يعطى له نصف وصية الغلام خمسمائة ونصف. وصية الجارية مائتان وخمسون فيعطى له سبعمائة وخمسون ويوقف مائتان وخمسون إلى أن يتبين حاله، فإن تبين أنه ذكر يعطى مائتين وخمسين، وإن تبين أنه أنثى يؤخذ منه مائتان وخمسون.

قال رحمه الله: **(وله أقل النصيبين)** يعني لو مات أبوه كان له الأقل من نصيب الذكر ومن نصيب الأنثى فإنه ينظر نصيبه على أنه ذكر وعلى أنه أنثى فيعطى الأقل منهما، وإن كان محروماً على أحد التقديرين فلا شيء له؛ مثاله أخوان لأب وأم أحدهما خنثى مشكل كان المال بينهما أثلاثاً للأخ الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر أنثى لأنه أقل، ولو قدر ذكراً كان له النصف. ولو تركت امرأة زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم هي خنثى كان للزوج النصف وللأم الثلث من النصف الباقي وللخنثى ما بقي وهو السدس على أنه غصبة، ولو قدر أنثى كان له النصف وكانت المسألة تعول إلى ثمانية. ولو تركت زوجاً وأماً وأخوين من أم وأخاً لأب وأم هو خنثى كان للزوج النصف وللأم السدس وللأخوين لأم الثلث ولا شيء للخنثى لأنه عصبة ولم يفضل له شيء، ولو قدر أنثى كان له النصف فعالت المسألة إلى تسعة. ولو ترك الرجل ولد أخ هو الخنثى وعماً لأب وأم أو لأب كان المال للعم وقدر الخنثى أنثى لأن بنت الأخ لا ترث، ولو قدر ذكراً كان المال له دون العم لأن ابن الأخ مقدم على العم. وقال الشعبي: للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى. وعن ابن عباس مثله لأنه مجهول والتوزيع على أحوال عند الجهل طريق معهودة في الشرع كما في العتق المبهم، والطلاق المبهم إذا تعذر البيان فيه بموت الموقع قبل البيان. ولنا أن الحاجة إلى إثبات الملك ابتداء فلا يثبت مع الشك فصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر غير الميراث بخلاف المستشهد به لأن سبب الاستحقاق متيقن به وهو الإنشاء السابق ومحلية كل واحد من العبدين والمعتقين بحكم ذلك السبب ثابت لكل واحد منهما على السواء من غير ترجيح أحدهما على الآخر بالشك. قال رحمه الله: **(فلو مات أبوه وترك ابناً له سهمان وللخنثى سهم)** لأنه الأقل وهو متيقن فيستحقه، وعلى قول الشعبي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى. واختلف أبو يوسف ومحمد في تخريج قول الشعبي فقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة أسهم أربعة للذكر وثلاثة للخنثى؛ اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فإن الذكر لو كان وحده

كان كل المال له والخنثى إن كان ذكراً كان له كل المال، وإذا كان أنثى كان له نصف المال فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة أرباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربح سهماً فبلغ سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة أرباع، وليس للمال ثلاثة أرباع وأربعة أرباع فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه اعتباراً بطريق العول والمضاربة. وقال محمد رحمه الله: المال بينهما على اثني عشر سهماً سبعة للابن أيضاً وخمسة للخنثى ويعتبر هو نصيب كل واحد منهما في حالة الاجتماع فيقول: لو كان الخنثى ذكراً كان المال بينهما نصفين، ولو كان أنثى كان أثلاثاً فالقسمة على تقدير ذكورته من اثنين، وعلى تقدير أنوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فيضرب إحداهما في الأخرى تبلغ ستة للخنثى على تقدير أنه أنثى سهمان، وعلى تقدير أنه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فيضرب الستة في اثنين تبلغ اثني عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير أنه ذكر، وله أربعة على تقدير أنه أنثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة لأن نصف الستة ثلاثة ونصف الأربعة اثنان ألا ترى أن الابن يأخذ في هذه المسألة سبعة لأن نصيب الابن على تقدير أن الخنثى ذكر ستة، وعلى تقدير أنه أنثى ثمانية فنصف النصيبين سبعة، ولو كان معها بنت فعند أبي يوسف تكون المسألة من تسعة لأن نصيب البنت النصف حالة انفرادها وللابن الكل وللخنثى ثلاثة أرباع حال انفراد كل منهما فيجعل كل ربع سهماً تبلغ تسعة، وعند محمد له خمس وثمن لأن على تقدير أنه ذكر كان له خمسان فله نصف وهو الخمس، وعلى تقدير أنه أنثى كل له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج الخمس من خمسة ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فتضرب إحداهما في الأخرى تبلغ أربعين ومنها تصح المسألة للخنثى خمسها ثمانية وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهماً والبنت على تقدير أنه ذكر خمسان وهو ستة عشر، وعلى تقدير أنه أنثى ربع وهو عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر والابن خمسان على تقدير ذكورته، ونصف على تقدير أنوثته فله نصف النصيبين ثمانية عشر وعلى هذا تخرج المسائل ولو كانوا أكثر من ذلك على المذهبين والله أعلم.

مسائل شتى

قد كانت عادة المصنفين أنهم يذكرون آخر الكتاب ما لم يذكر في الأبواب السابقة من المسائل استدراكاً للفائت ويترجمون لتلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل منثورة فعمل المصنف هنا أيضاً كذلك جرياً على عادتهم. وفي بعض النسخ مسائل شتى أي متفرقة وهو جمع شتيت وهو التفرق، فإن قلت: جاءني القوم شتى يكون نصباً على الحال أي متفرقين.
قال رحمه الله: **(إيماء الأخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصيته ونكاح**

. . . .

وطلاق وبيع وشراء وقود) وقال الشافعي: لا فرق بين معتقل اللسان والأخرس. ولنا أن الإشارة إنما تقوم مقام العبارة إذا صارت معهودة وذلك في الأخرس دون معتقل اللسان حتى لو امتد ذلك وصارت إشارته معهودة صار بمنزلة الأخرس. وقدر مدة الامتداد في المحيط بشهر، وفي جامع الفصولين بستة أشهر، وقدر التمرتاشي الامتداد بستة، وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبي حنيفة فقال: إذا دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة ويجوز الإشهاد عليه لأن عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس. قل: وعليه الفتوى. وأطلق في الأخرس فشمل الأصلي والعارض، والمراد الأصلي. أما الوصية لأن التقصير جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت بخلاف الأخرس لأنه لا تفريط من جهته. ولأن العارض على شرف الزوال دون الأصل فلا يقاس أحدهما على الآخر. وإذا كان إيماء الأخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان تلزمه الأحكام بالإشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتقه وبيعه وشراؤه إلى غير ذلك من الأحكام لأن الإشارة تكون بياناً من القادر على النطق فالعاجز أولى، ولأنه ﷺ بين الشهر بالإشارة حيث قال: الشهر هكذا وأشار بأصابعه. قالوا: والكتاب ممن يأتي بمنزلة الخطاب ممن ذكر. أقول: فيه شيء وهو أن هذا يدل على بعض المدعي ولا يدل على بعضه الآخر بل يدل على خلافه فإن كتابة الأخرس حجة فيما سوى الحدود وليس بحجة في الحدود، وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود إذ لا فرق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على كونها حجة في الحدود أيضاً إذا كانت مستبينة مرسومة وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا فإنه إذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضاً لم يكن حجة ضرورة فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضاً كما كان النطق حجة فيها فليتأمل في المخلص. والدليل على أن الدلالة كالبيان هو أنه ﷺ بلغ الرسالة بالكتاب كالخطاب فإذا كان خطاباً في حق القادر ففي حق الأخرس أولى لأن عجزه ظاهر وألزم عادة لأن الغائب يقدر على الحضور بل يقدر ظاهراً والأخرس لا يقدر على نطق والظاهر بقاؤه على الدوام. ثم الكتاب على ثلاثة مراتب: مستبين ومرسوم وهو أن يكون معنوناً أي مصدراً بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان بن فلان على ما جرت به العادة في سير الكتب فيكون هذا كالنطق فيلزم حجة، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار أو على الكاغض لا على وجه الرسم فإن هذا يكون لغواً لأنه لا عرف في إظهار الأمر بهذا الطريق فلا يكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه كالبينة والإشهاد عليه والإملاء على الغير حتى يكتبه لأن الكتابة قد تكون تجربة وقد تكون للتحقيق، وبهذه الإشارة تتبين الجهة، وقيل الإملاء من غير إشهاد لا يكون حجة والأول أظهر. وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شيء من الأحكام وإن نوى. وقول المؤلف «وقود» وعلل في الهداية بأن القصاص

وشراء وقود لا في حد غنم مذبوحة وميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحري وأكل وإلا لا

فيه معنى العوضية لأن شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة. أقول: فيه بحث. أما الأول فلأن ما ذكر ههنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مر في عدة مواضع منها كتاب الكفالة فإنه قال فيه: ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة لأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق، ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه: ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لأن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات.

ثم قال في باب الشهادة: الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص. ومنها كتاب الوكالة حيث قال فيه: وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق. وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تدرأ بالشبهات، وكذا في كتاب الدعوى. ومنها كتاب الجنايات فإنه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلاً مؤثراً في سقوط القصاص وفرع عليه كثيراً من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحد منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب. وأما ثانياً فلأن قيد الخالصة في قوله «أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر» مستدرك فإن حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد مقدم كما صرحوا به على أنه زاجر لا يثبت بالشبهة، ولا تكون إشارة الأخرس حجة فيه أيضاً كما صرحوا به لا يثبت بالشبهة فيما مر آنفاً فلا يتم التفريق بالنظر إليه. وقول المؤلف «الإشارة والكتابة كالبيان» دلت هذه المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة لأنه جمع بينهما فقال أشار وكتب. قال صاحب العناية: ولنا في دعوى الجمع بينهما نظر لأنه قال في الجامع الصغير: وإذا كان الأخرس يكتب أو يومئ وكلمة أو لأحد الشيئين لا للجمع على أنا نقول قال في الأصل: وإن كان الأخرس لا يكتب وكانت له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز. ويعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه تبين حكم إشارة الأخرس بشرط أن لا يكتب فافهم إلى هنا. قال رحمه الله: **(لا في حد)** يعني إشارته لا تكون كالبيان في الحدود لأنها تندرئ بالشبهة لكونها حق الله تعالى فلا حاجة إلى إثباتها، ولعله كان مصدقاً للقاذف إن قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد، وإن كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح والحد لا يجب إلا بالقذف بصريح الزنا، وفي القصاص اعتبر طلبه لأن حق العبد، وهذا لأن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أن

....

الشهود لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر هو بالوطء الحرام لا يجب عليه الحد، ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب عليه القصاص وإن لم يقر بالتعمد، وهذا لأن القصاص فيه معنى المعاوضة لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد، أما الحدود الخالصة حق الله تعالى جعلت زاجرة ليس فيها معنى البدلية أصلاً فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة. وذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه، ويحتمل أن يكون الجواب في الأخرس كذلك فيكون في الغائب والأخرس روايتان، ويحتمل أن يكون مفارقاً لذلك لأن الغائب يمكنه الوصول في الجملة فيعتبر بالنطق ولا كذلك الأخرس لتعذر وجود النطق في حقه للآفة التي به، فدلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراًعلى الكتابة بخلاف ما ذكر بعض أصحابنا من أن الإشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة قالوا: لأن الإشارة حجة ضرورية ولا ضرر مع القدرة على الكتابة. قلنا: كل واحد منهما حجة ضرورية ففي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الإشارة لأن قصد البيان في الكتابة معلوم حساً وعياناً، وفي الإشارة زيادة أثر لم توجد في الكتابة لأن الأصل في البيان هو الكلام لأن وضع له والإشارة أقرب إليه لأن العلم الحاصل بها حاصل بما هو مفصل بالتكلم وهو إشارته بيده أو برأسه صارت أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا، ولا يقدم على الآخر بل يخير ولهذا ذكره بكلمة «أو» التي للتخيير، وقالوا فيمن صمت يوماً أو يومين الحكم كالمعتقل اللسان.

قال رحمه الله: **(غنم مذبوحة وميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحري وأكل وإلا لا)** وقال الشافعي: لا يجوز الأكل في حالة الاختيار. ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرر فلا إفادة الإباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الظاهر، وهذا لأن القليل منه لا يمكن التحرز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعاً للحرج كقليل النجاسة في البدن أو الثوب بخلاف ما إذا كانت الميتة أكثر أو استويا لأنه لا ضرورة إليه فيمكن الاحتراز فلا تؤكل قال في العناية أخذاً من النهاية: طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز هناك التحري فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين. وفي المذكية والميتة لم يجوز. وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر على الصلاة بخلاف ما نحن فيه من الغنم، ويؤيده أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجساً وربعه طاهراً يصلي فيه ولا يصلي عرياناً بالإجماع، فلما جازت صلاته وهو نجس بيقين فلأن يجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى اهـ. أقول: الجواب عندي والسؤال فيهما نظر؛ أما الأول فلأن

لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر يابس فظهر رطوبته على الثوب ولكن لا يسيل إذا عصر لا يتنجس رأس شاة متلطخ بدم أحرق وزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة جاز والحرق كالغسل سلطان جعل الخراج لرب الأرض جاز وإن جعل العشر لا ولو دفع

تجويز التحري فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين إنما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شرح الجامع الصغير وصرح به صاحب الهداية بقوله: وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار، وأما في حالة الضرورة فيباح له التناول في جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المسألتين رأساً لظهور اختلاف حكم الحالين الاختيار والاضطرار قطعاً. وأما الثاني فلأن ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لأن جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة فعدم لزوم إعادة الصلاة إذ ذاك إذ هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك إنما هو في حالة الاختيار كما تحققته فمن أين يثبت حكم كون الثياب أخف من حكم غيرها مطلقاً حتى يصلح أن يجعل مداراً للفرق بين تلك المسألتين. قال رحمه الله: **(لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر يابس فظهر رطوبته على الثوب ولكن لا يسيل إذا عصر لا يتنجس)** وذكر المرغيناني أنه إن كان اليابس هو الطاهر يتنجس لأنه يأخذ قليلاً من النجس الرطب، وإن كان اليابس هو النجس والطاهر هو الرطب لا يتنجس لأن اليابس هو النجس يأخذ من الطاهر ولا يأخذ الرطب من اليابس شيئاً، ويحمل على أن مراده فيما إذا كان الرطب ينفصل منه شيء، وفي لفظه إشارة إليه حيث نص على أخذ البلة وعلى هذا إذا نشر الثوب المبلول على محل نجس هو يابس لا يتنجس الثوب لما ذكرنا من المعنى. وقال قاضيخان في فتاواه: إذا نام الرجل على فراش فأصابه مني ويبس وعرق الرجل وابتل الفراش من عرقه إن لم يظهر أثر البلل في بدنه لا يتنجس بدنه، وإن كان العرق كثيراً حتى ابتل الفراش ثم أصاب تلك الفراش جسده فظهر أثره في جسده يتنجس بدنه، وكذا الرجل إذا غسل رجله ومشى على أرض نجسة بغير مكعب فابتل الأرض من بلل رجله واسود وجه الأرض لكن لم يظهر أثر تلك الأرض في رجله وصلى جازت صلاته، وإن كان بلل الماء في الرجل كثيراً حتى ابتل وجه الأرض وصار طيناً ثم أطاب الطين رجله لا تجوز صلاته، ولو مشى على أرض نجسة رطبة ورجله يابسة تنجس. قال رحمه الله: **(رأس شاة متلطخ بدم أحرق وزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة جاز والحرق كالغسل)** لأن النار تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شيء أو يحيله فيصير الدم رماداً فيطهر بالاستحالة، ولهذا لو حرقت العذرة وصارت رماداً طهرت بالاستحالة كالخمر إذا تخللت، وكالخنزير إذا وقع في المملحة وصار ملحاً وعلى هذا قالوا: إذا تنجس التنور يطهر النار حتى لا ينجس الخبز، وكذلك آلة الخباز تطهر بالنار. قال رحمه الله: **(سلطان جعل الخراج لرب الأرض جاز وإن جعل العشر لا)**

الأراضي المملوكة إلى قوم ليعطوا الخراج جاز ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة صح وإن لم ينو أول الصلاة عليه أو آخر صلاة

وهذا عند أبي يوسف. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز فيهما لأنهما في جماعة المسلمين. ولأبي يوسف أن صاحب الخراج له حق في الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الإمام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلا يجوز تركه عليه، وعلى قول أبي يوسف الفتوى.

قال رحمه الله: **(ولو دفع الأراضي المملوكة إلى قوم ليعطوا الخراج جاز)** معناه أن أصحاب الأراضي إذا عجزوا عن زراعة الأرض وأداء الخراج دفع الإمام الأراضي إلى غيرهم بالأجرة أي يؤاجر الأراضي للقادرين على الزراعة ويأخذ الخراج من أجرتها، فإن فضل شيء من أجرتها يدفع إلى أربابها وهم الملاك لأنه لا وجه لإزالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه إلى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا، فإن لم يجد من يستأجرها باعها الإمام لمن يقدر على الزراعة لأنه إذا لم يبعها يفوت حق المقاتلة في الخراج أصلاً. ولو باع يفوت حق المالك في العين والفوات إلى خلف كلا فوات فيبيع تخفيفاً للنظر من الجانبين وليس له أن يملكها غيرهم بغير عوض، وإذا باعها يأخذ الخراج الماضي من الثمن إذا كان عليهم خراج ورد الفضل إلى أصحابها. ثم قيل: هذا قول أبي يوسف ومحمد لأن عندهما القاضي يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة، وعند أبي حنيفة لا يملك ذلك فلا يبيعها لكن يأمر صاحبها ببيعها. وقيل: هذا قول الكل والفرق لأبي حنيفة بين هذا وبين غيره من الديون أن في هذا ضرراً خاصاً ونفعاً عاماً والنفع العام مقدم على الضرر الخاص، ولأن الخراج متعلق برقبة الأرض فصار كدين العبد المأذون له في التجارة ودين الميت في التركة فإن القاضي يملك البيع فيهما لتعلق الحق بالرقبة فكذا هذا. وذكر في النوادر عن أبي حنيفة أن أهل الخراج إذا هربوا إن شاء الإمام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين، وإن شاء دفع إلى قوم وأطعمهم على شيء إذ كأنه ما يأخذ للمسلمين لأن فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على أربابها، فإذا عمرها من بيت المال يكون بقدر ما ينفق في عمارتها قرضاً لأن الإمام مأمور بتهيئة بين المال بأي وجه يتهيأ له. قال رحمه الله: **(ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة صح وإن لم ينو أول الصلاة عليه أو آخر صلاة عليه)** معناه لو كان عليه قضاء صوم يوم أو أكثر من رمضان واحد فقضاه ناوياً عنه ولم يعين أنه عن يوم كذا جاز فكذا لو صام ونوى عن يومين أو أكثر جاز عن يوم واحد، ولو نوى عن رمضانين أيضاً يجوز وكذا قضاء الصلاة يجوز وإن لم يعين الصلاة يومها ولم ينو أول صلاة عليه وهذا قول بعض المشايخ والأصح أنه يجوز في رمضان واحد ولا يجوز في رمضانين ما لم يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذا على ما بينا، وكذا في قضاء الصلاة لا يجوز ما لم يعين الصلاة ويومها بأن عين ظهر يوم كذا مثلاً. ولو نوى أول ظهر عليه آخر ظهر عليه جاز لأن الصلاة عليه

عليه ولو ابتلع ريق غيره كفر لو صديقه وإلا لا قتل بعض الحاج عذر في ترك الحج

تعينت بتعينه، وكذا الوقت يعين لكونه أولاً وآخراً، فإن نوى أول صلاة عليه وصلى مما يليه يصير أولاً أيضاً فيدخل في نيته أول ظهر عليه ثانياً وكذلك ثالثاً إلى ما لا يتناهى، وكذا الآخر وهذا مخلص من لم يعرف الأوقات التي فاتته أو اشتبهت عليه أو أراد التسهيل على نفسه. والأصل فيه أن الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد أداءه حتى تبرأ ذمته منه لأن فرضاً من الفروض لا يتأدى بنية فرض آخر فكذا هذا ووجب التعيين والشرط تعيين الجنس بالنية لأنها شرعت لتمييز الأجناس المختلفة ولهذا يكون التعيين في الجنس الواحد لغو العدم الفائدة والتصرف إذا لم يصادف محله بكون نيته لغواً. ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين والعصرين من يومين لأن قوت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكماً لأن الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس ونحوه والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر بخلاف صوم رمضان لأنه متعلق بشهود الشهر لقوله تعالى ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ [البقرة: ١٨٥] وهو واحد لأنه عبارة عن ثلاثين يوماً بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه إلى تعيين صوم كذا حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر وكان عليه قضاء صوم يومين أو أكثر فصام ناوياً عن قضاء يومين أو أكثر جاز بخلاف ما إذا نوى عن رمضانين أو عن رمضان آخر حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب، وصار كما إذا نوى ظهرين أو ظهراً عن عصر أو نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس. وعلى هذا أداء الكفارة لا يحتاج إلى التعيين في جنس واحد ولو عين لغا. وفي الأجناس: لا بد منه وقد ذكرنا تفاصيلها في كفارة الظهار. وذكر في المحيط في كتاب الكفارات: نية التعيين في الصلاة لم تشترط باعتبار أن الواجب مختلف متعدد بل باعتبار أن مراعاة الترتيب واجب عليه ولا يمكنه مراعاة الترتيب إلا بنية التعين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت يكفيه نية الظهر لا غير وهذا مشكل، وما ذكره أصحابنا مثل قاضيخان وغيره خلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى، ولأن الأمر كما كان قاله لجوازه مع وجود الترتيب أيضاً لإمكان صرفه إلى الأول إذ لا يجب التعيين عنده ولا يفيد.

قال رحمه الله: **(ولو ابتلع ريق غيره كفر لو صديقه وإلا لا)** أي لو ابتلع الصائم ريق غيره فإن كان بزاق صديقه يجب عليه الكفارة، وإن لم يكن صديقه يجب عليه القضاء دون الكفارة لأن الريق تعافه النفس وتستقذره إذا كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه النفس، وإن كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز ونحو ذلك مما تشتهيه الأنفس. قال رحمه الله: **(قتل بعض الحاج عذر في ترك الحج)** لأن أمن الطريق شرط الوجوب أو شرط للأداء على ما بينا في المناسك ولا يحصل ذلك مع تقل بعض الحجاج في الطريق للحاج فكان

توزن من شدى فقالت المرأة شدم ولو قال رجل لامرأة خويشتن رازن من كردا يندي ولو قال رجل لآخر دوختر خويشتن رابيسر من ارزاني داشتي منعها عن الدخول عليها

معذوراً في ترك الحج يأثم بذلك وقد ذكرناها مستوفاة في المناسك، وذكرنا الخلاف فلا نعيدها. ولك أن تقول: القول المختار فيما إذا كان بينكم وبين مكة بحراً كان الغالب فيه السلامة يجب الحج وإلا لا فينبغي أن يعرف هنا ويقال إن كان الغالب في الطريق الأمن يجب وإلا لا. قال رحمه الله: **(توزن من شدى)** يعني أنت صرت زوجة لي **(فقالت المرأة شدم)** يعني صرت لم ينعقد النكاح لأن هذا لا يدل على الإيجاب والقبول فقوله «تو» بضم التاء المثناة فوق وسكون الواو معناه أنت وقوله «زن» بفتح الزاي المعجمة والنون هو اسم للمرأة وقوله «من» بفتح الميم والنون ومعناه «أنا وقوله» شدم بضم الشين المعجمة وفتح الدال المهلمة في آخره ميم آخر الحروف ساكنة معناه صرت، وهذه اللفظة تتصرف كاللفظ العربي فمصدره شدن والماضي شد والمضارع شود إذا أريد الإخبار عن الجمع يقال شديم بكسر الدال وزيادة الياء آخر الحروف بعد الدال قبل ميم المتكلم. قال رحمه الله: **(ولو قال رجل لامرأة خويشتن رازن من كردا يندي)** معناه هل جعلت نفسك لي زوجة فقالت المرأة في جوابه كردا يندم يعني جعلت وقال الرجل بزير فتم يعني قبلت ينعقد النكاح متمم لاشتماله على الإيجاب والقبول. وقله «خويشتن» يؤدي معنى نفسك وهو بكسر الخاء المعجمة يكتب بالواو بعدها من غير أن يتلفظ بها، وكذلك الياء بعد الواو وشين معجمة ساكنة بعدها تاء مثناة من فوق مفتوحة وفي آخره نون. وقوله «را» بفتح الراء بعدها ألف ساكنة تؤدي معنى التخصيص الإشارة بها وهي مفعول. وقوله «من» يعني أنا وقوله «كردانيدي» بالكاف الصماء المفتوحة والراء الساكنة والدال المفتوحة والنون المكسورة لا بعدها ألف وبعدها ياء ساكنة ودال مهملة مكسورة وفي آخره ياء أخرى ساكنة وهذه للخطاب تؤدي معنى الجعل والتصيير. وقوله «كردانيدم» كذلك إلا أنه للمتكلم وحده، وكذلك للمخاطبة إذا زيد ياء بعد الدال مثل «كردانيدي» وإذا أريد جميع المخاطب يزاد بعد الدال ياء المخاطب مثل «كردانيديد» وإذا أريد المتكلم مع الغير يزاد فيه ياء بعد الدال وقبل الميم ويقال «كردانيديم». وقوله «بزيرفتم» بفتح الباء الصماء يكون مخرجه قريب من مخرج الفاء وبكسر الزاي المعجمة بعدها باء ساكنة وبعدها راء مفتوحة وبعدها فاء ساكنة وبعدها تاء مثناة من فوق مفتوحة وفي آخره ميم ساكنة.

قال رحمه الله: **(ولو قال رجل لآخر دوختر خويشتن رابيسر من ارزاني داشتي)** معناه هل جعلت ابنتك لائقة لأبني فقال أبو البنت في جوابه داشتم يعني جعلت لا ينعقد النكاح لأنه ليس بمشتمل على الإيجاب والقبول. ولا يلزم من جعل ابنته لائقة لابنه حصول العقد بينهما. قوله «دختر» بضم الدال المهملة وسكون الخاء المعجمة وفتح التاء المثناة فوق وفي آخره راء معناه البنت. وقوله «بيسر» لفظان مركبان الأول لفظ باء الموحدة يؤدي معنى لام

و هو يسكن معها في بيتها نشوز ولو سكن في بيت الغصب فامتنع لا تكون ناشزة قالت لا أسكن مع أمتك وأريد بيتاً على حدة وليس لها ذلك قالت الزوجة لزوجها مرا طلاق ده فقال الزوج داده كيرا وكرده كيرا ووداده بادوكرده باد ينوي يقع ولو قال الزوج داده است وكرده است يقع نوى أو لا ولو قال الزوج داده أنكار وكرده أنكار

الاختصاص، والثاني لفظ «بيسر» بضم الباء الفارسية وفتح السين المهملة وفي آخره راء معناه الابن. قوله «أرزاني» بفتح الهمزة وسكون الراء وبفتح الزاي وكسر النون بعد الألف الساكنة وفي آخره ياء آخر الحروف ساكنة ومعناه ههنا معنى اللائق. وقوله «داشتي» بفتح الدال المهملة وسكون الألف وسكون الشين المعجمة والتقاء الساكنين في لغتهم شائع وكسر التاء المثناة من فوق وفي آخره ياء آخر الحروف ساكنة. وقله «داشتم» بزيادة التاء آخر الحروف قبل الميم وهذه قاعدة مطردة عنهم. قال رحمه الله: **(منعها)** كلام أضافي مبتدأ أي منع المرأة زوجها **(عن الدخول عليها و)** الحال أنه **(هو)** أي الزوج **(يسكن معها في بيتها نشوز)** لأنها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها في منزل غيرها. هذا إذا منعته ومرادها السكنى في منزلها، وإن كان المنع لينقلها إلى منزله لا تكون ناشزة لأن السكنى واجبة لها عليه فكان حبسها نفسها منه بحق فلا تسقط نفقتها لأن التقصير جاء من جهته فصار كما إذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها بخلاف ما إذا حبست بسبب دين عليها أو غصبها غاصب وذهب بها لأن الفوات ليس من قبله، وبخلاف ما إذا كانت ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطء لأنه يمكنه الوطء كرهاً غالباً فلا يعد منعاً. قال رحمه الله: **(ولو سكن في بيت الغصب فامتنع لا تكون ناشزة)** لأنها محقة لأن السكنى فيه حرام قال رحمه الله: **(قالت لا أسكن مع أمتك وأريد بيتاً على حدة وليس لها ذلك)** لأنه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك. قال رحمه الله: **(قالت الزوجة لزوجها مرا طلاق ده)** يعني أعطني طلاقاً **(فقال الزوج داده كيرا وكرده كيرا ووداده بادوكرده باد ينوي يقع)** معناه الاعتبار للنية وعدمها فإن نوى بهذه الألفاظ الطلاق وقع، فإن لم ينو لا يقع لأنه من الكنايات عندهم فلا بد من النية. وقوله «داده» بفتح الدال بعدها ألف ساكنة ومعناه الإعطاء، وقوله «كير» بكسر الكاف الصماء وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره راء معناه الأصل أمسك ولكن معناه هنا أفرضي وقدري يعني قدري الطلاق قد أعطى. وقوله «كرده» بفتح الكاف وسكون الراء وفتح الدال وسكون الهاء وهو اسم مفعول من «كرداني» الذي هو المصدر ومعناه الفعل والعمل. قوله «باز» بفتح الباء وسكون الألف والزاي المعجمة معناه فليمكن. قال رحمه الله: **(ولو قال الزوج داده است وكرده است يقع)** الطلاق **(نوى)** الوقوع **(أو لا)** أي وإن لم ينو.، قال رحمه الله: **(ولو قال الزوج داده أنكار وكرده أنكار)** لا يقع الطلاق **(وإن نوى الوقوع)** والفرق بينهما أن في الأولى إخباراً عن وقوع فيقع الطلاق

وإن نوى الوقوع وي مرانشايد تاقيامت أوهمه عمر إلا بنية ولو قال الزوج حيله زنان كن إقرار بالثلاث ولو قال حيله خويش كن لا ولو قالت المرأة كابين من ترابخشيدم مراجنك بادزار إن طلقها سقط المهر وإلا لا ولو قال المولى لعبده يا مالكي أو قال لامته أنا عبدك لا يعتق ولو قال شخص بر من سوكند است كه ولو قال أين كار نكنم فهذا إقرار باليمين بالله تعالى وإن قال شخص بر من سوكند است بطلاق لزمه ذلك فإن قال

وفي الثاني ليس بأخبار لأن معنى قوله «داده» أنكار فرضي أنه وقع أو أحسي فلا يقع به شيء وإنكار بفتح الهمزة وسكون النون وفتح الكاف الصماء وفي آخره راء مهملة ومعناه افرضي وقدري قوله **(وي مرانشايد تاقيامت أوهمه عمر)** لا يقع طلاق **(إلا بنية)** لأنه من الكنايات. قوله «وي» بفتح الواو وسكون الياء آخر الحروف بمعنى هي التي هو ضمير الغائب. وقوله «مرا» بفتح الميم والراء مقصورة ومعناه لأخلي. وقوله «نشايد» بفتح النون والشين المعجمة وياء ساكنة بعد ياء مفتوحة آخر الحروف ودال مهملة ومعناه لا يليق. قوله «أوهمه» بفتح الهاء والميم وسكون الهاء ومعناه الجميع والمعنى يعني لا يليق في جميع عمري أو مدة عمري أو إلى يوم القيامة. قوله «تا بفتح» التاء المثناة من فوق مقصورة ومعناه إلى يوم القيامة. والحاصل في معنى هذا التركيب لا يليق بي إلى يوم القيامة. قال رحمه الله: **(ولو قال الزوج حيله زنان كن إقرار بالثلاث)** أي لوقوع الطلاق الثلاث لأن معنى كلامه افعلي حيلة النساء مقصودهم بهذا احفظي عدتك أو عدي أيام عدتك فإن هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث لأن المرأة لا تشتغل بأمور العدة إلا بعد وقوع الثلاث. قال رحمه الله: **(ولو قال حيله خويش كن لا)** يعني ليس بإقرار بالثلاث لأن هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم بخلاف الصورة الأولى. قوله «خويش» بكسر الخاء المعجمة والواو لا يتلفظ بها عندهم وبعدها ياء آخر الحروف ساكنة وشين معجمة ومعناه أنت هنا لأنه يجيء بمعنى آخر في غير هذا الموضع. قال رحمه الله: **(ولو قالت المرأة كابين من ترابخشيدم)** معناه وهبت لك المهر **(مراجنك بادزار)** معناه خلصني من نزاعك فاحكم علي بالمهر **(إن طلقها سقط المهر وإلا لا)** أي وإن لم يطلقها لا يسقط لأنه أجابها إلى سؤالها هو الطلاق حتى يسقط المهر. وقوله «ترى» بضم التاء المثناة من فوق بالراء المقصورة معناه لك. وقوله «بخشيدم» بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وكسر الشين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وبفتح الدال المهملة وفي آخره ميم ساكنة ومعناه وهبت ومصدره وهبت بخشيدن.

قال رحمه الله: **(ولو قال المولى لعبده يا مالكي أو قال لامته أنا عبدك لا يعتق)** لأنه ليس بصريح للعتق ولا كناية له بخلاف قوله يا مولاي لأن حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق **(ولو قال شخص بر من سوكند است كه)** يعني على اليمين. قال رحمه الله: **(ولو قال أين كار)** يعني هذا الفعل **(نكنم)** يعني لا أفعل **(فهذا إقرار باليمين بالله**

قلت ذلك كذباً لا يصدق مراسو كند خانه است كه اين كارنكنم فهو إقرار باليمين بالطلاق قال المشتري للبائع بها بازده فقال البائع بدهم يكون فسخاً للبيع الذي كان بينهما العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي عقار لا في ولاية

تعالى) لأنه أخر عن يمينه على ترك هذا الفعل فيكون إقراراً باليمين متى فعل يحنث في يمينه وتلزمه الكفارة. وقوله «بر» بفتح الباء الموحدة وسكون الراء تؤدي معناه على. وقوله «من» بفتح الميم وسكون النون ومعناه أنا. وقوله «سوكند» بفتح السين المهملة وسكون الواو وفتح الكاف الصماء وسكون النون وآخره دال ساكنة معناه اليمين. وقوله «اين» بكسر الهمزة وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره نون ساكنة أيضاً تؤدي معنى هذا. وقوله «كار» بفتح بالكاف وسكون الألف والراء وهو الفعل. وقوله «نكنم» مضارع منفي لأن النون المفتوحة في الأول هي حرف النفي و«كنم» معناه افعل للمتكلم وحده واشتقاقه من «كردن» الذي هو المصدر فالماضي «كرد» والمتكلم وحده «كنم» ومع الغير «كنيم» بزيادة الياء قبل الميم. قال رحمه الله: **(وإن قال شخص بر من سوكند است بطلاق لزمه ذلك فإن قال قلت ذلك)** أي هذا القول **(كذباً لا يصدق)** لأنه أخبر عن يمين منعقدة. وقوله بعد ذلك قلت ذلك كذباً رجوع منه فلا يصدق، ولو قال **(مراسو كند خانه است كه اين كارنكنم)** معناه أنا حالف يمين البيت أن لا أفعل هذا الفعل **(فهو إقرار باليمين بالطلاق)** لأن اليمين مبناه على العرف وفي الغرف يكنون عن لمرأة يقال بيتي قال كذا يكنون به المرأة فقوله خانه يقال للبيت وكنى به عن امرأته وبقيت ألفاظه فسرناها **(قال المشتري للبائع بها بازده)** معناه رد الثمن **(فقال البائع بدهم)** عين أرد **(يكون فسخاً للبيع الذي كان بينهما)** لأن استرداده الثمن رد وفسخ للعقد. قوه «بها» فتح الباء الموحدة والهاء المقصورة معناه الثمن. وقوله «ب» بفتح الباء يؤدي معنى تخصيص الإشارة كما ذكرنا. وقوله «بازده» بفتح الباء الموحدة وسكون الألف وسكون الزاي وكسر الدال المهملة وسكون الهاء معناه أعط. قال رحمه الله: **(العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي)** أي إذا ادعى عقاراً لا يكتفي بذكر المدعي أنه في يد المدعي عليه حتى يصح دعواه بل لا بد أن يبرهن أنه في يده أو يعلم القاضي بذلك في الصحيح لأن يد المدعى عليه لا بد منه لتصح الدعوى عليه وهو شرط فيها، ويحتمل أن يكون في يد غيره فبإقامة البينة فتبقى تهمة المواضعة فيقضي القاضي عليه بإخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج إلى إثباتها بالبينة. فإن قيل: هذه مكرره مع قوله في كتاب الدعوى ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما بل ببينة أو إعلام قاضٍ بخلاف المنقول قلنا. لا تكرار لأن تلك بالنظر إلى ثبوت اليد وهذه بالنظر إلى أن القاضي هل يملك إخراجها من ذي اليد. قال رحمه الله: **(عقار لا في ولاية القاضي)** لا يصح قضاؤه فيه لأنه لا ولاية له في ذلك المكان. وقد اختلف المشايخ هل يعتبر المكان أو لا؟ فقيل يعتبر المكان،

القاضي إذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي أو بدا لي غير ذلك أو وقعت في تلبيس الشهود أو أبطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر والقضاء ماضٍ إن كان بعد دعوى صحيحه وشهادة مستقيمة خبأ قوماً ثم سأل رجلاً عن شيء فأقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم جازت شهادتهم عليه بذلك الإقرار وإن سمعوا كلامه ولم يروه لا باع عقاراً وبعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا

وقيل يعتبر الأهل حتى لا ينفذ قضاؤه في غير ذلك على قول من اعتبر المكان ولا في غير ذلك الأهل على قول من اعتبر الأهل. وإن خرج القاضي مع الخليفة من المصر قضى، وإن خرج وحده لم يجز قضاؤه، وهذا ينبغي أن يكون على قول من اعتبر المكان لأن القضاء من أعلام الدين فيكون المصر شرطاً فيه كالجمعة والعيدين. وعن أبي يوسف أن المصر ليس بشرط فيه وإليه أشار محمد في كتاب أدب القاضي فقال: إن المصر ليس بشرط لنفوذ القضاء. وفي الخلاصة: والصحيح أن المعتبر الأهل لا المكان حتى لو قضى على الأهل والعقار في غير ولايته نفذ وعليه عمل القضاة الآن. قال رحمه الله: **(إذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي أو بدا لي غير ذلك أو وقعت في تلبيس الشهود أو أبطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر والقضاء ماضٍ إن كان بعد دعوى صحيحه وشهادة مستقيمة)** لأن رواية الأول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا إبطاله لأنه تعلق به حق الغير وهو المدعي ألا ترى أن الشهادة لما اتصلت بالقضاء لا يصح رجوعه ولا يملك إبطالها لما ذكرنا فكذا القضاء. وقال الشعبي: كان رسول الله ﷺ يقضي بالقضاء ثم ينزل القرآن بعد ذلك بخلافه فلا يرد قضاءه. وقال صاحب المحيط: وهذا يدل على أن القاضي إذا قضى باجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم تحول عن رأيه فإنه يقضي في المستقبل بما هو أحسن عنده ولا ينقض القضاء الذي قضاه بالرأي لأنه لم ينقض بالقرآن بعده فهذا أولى بخلاف ما إذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فإنه ينقض ذلك القضاء، والفرق أن القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجوداً منزلا إلا أنه خفي عليه وكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح النبي حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص فيه فصح وصار ذلك شريعة له فإذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخاً لتلك الشريعة.

قال رحمه الله: **(خبأ قوماً ثم سأل رجلاً عن شيء فأقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم جازت شهادتهم عليه بذلك الإقرار)** لأن الإقرار موجب بنفسه وقد علموه وهو يكفي في أداء الشهادة. قال الله تعالى ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ [الزخرف: ٨٦] وقال عليه الصلاة والسلام «إذا علمت مثل الشمس فاشهدوا لا فدع» قال رحمه الله: **(وإن سمعوا كلامه ولم يروه لا)** أي لا تجوز شهادتهم لأن النغمة تشبه النغمة فيحتمل أن يكون المقر

تسمع دعواه وهبت مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها بمهرها وقالوا كانت الهبة في مرض موتها وقال بل في الصحة فالقول له أقر بدين أو غيره ثم قال كنت كاذبا فيما

غيره فلا يجوز لهم أن يشهدوا عليه مع الاحتمال إلا إذا كانوا دخلوا البيت وعلموا أن ليس فيه أحد سواهم ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا إقرار الداخل ولم يروه وقت الإقرار لأن العلم حصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم أن يشهدوا عليه. قال رحمه الله: **(باع عقاراً وبعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا تسمع دعواه)** أطلق القريب هنا وفي الفتاوى لأبي الليث عنه فقال: لو باع عقاراً وابنه أو امرأته حاضرة تعلم به وتصرف المشتري فيه زماناً ثم ادعى الابن أنه ملكه ولم يكن ملك أبيه وقت البيع اتفق مشايخنا على أنه لا تسمع مثل هذه الدعوة لأن حضوره عند البيع وتركه فيما يصنع إقرار منه بأنه ملك البائع وأنه لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالإفصاح بالإقرار قطعاً للأطماع الفاسدة لأهل العصر في الإضرار بالناس، وتقييد القريب يقتضي جواز ذلك مع القريب. وقال في الخلاصة: والأصح أنها تسمع من القريب وغيره. وذكر في الهداية في كتاب الكفالة قبل الفصل في الضمان قال: ومن باع داراً وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لأن الكفالة لو كانت مشروطة فيه فتمامه بقبوله، ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته. وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه بدون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع. ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليماً وهو على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع وليست بشرط فيه ولا هي بإقرار الملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره، ولعله كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين. ولو باع ضيعة ثم ادعى أنها وقف عليه وعلى أولاده لا تسمع دعواه للتناقض لأن إقدامه على البيع إقرار منه، وإذا أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك، وإن أقام البينة على ذلك قيل تقبل لأن الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى لأنها من باب الحسبة فإذا قبلت انتقض البيع، وقيل لا تقبل وهو أصوب وأحوط لأنه بإقامة البينة أن الضيعة وقف عليه يدعي فساد البيع وحقاً لنفسه فلا تقبل للتناقض. وقال في الجامع الصغير: إذا بيع متاع إنسان بين يديه وهو ينظر لا يصح لأنه سكوت يحتمل الرضا والسخط. وقال ابن أبي ليلى: سكوته يكون إجازة منه للبيع. وفي جامع الفصولين: والصحيح أن سكوته لا يكون تسلمياً لاحتمال أنه إنما سكت لغيبة شهوده أو لأن القاضي لو خاصم عنده لا يقضى له لما علم من حال القاضي. قال رحمه الله: **(وهبت مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها بمهرها وقالوا كانت الهبة في مرض موتها وقال بل في الصحة فالقول له)** أي للزوج، والقياس أن يكون القول للورثة لأن الهبة حادثة والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات. ووجه الاستحسان اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج لأن الهبة في مرض الموت تفيد الملك وإن كانت للوارث ألا ترى أن المريض إذا

أقررت حلف المقر له أن المقر ما كان كاذبا فيما أقر به ولست بمبطل فيما أدعيه عليه والإقرار ليس بسبب للملك لو قال لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا وكلها بطلاقها لا يملك عزلها وكلتك بكذا على إني متى عزلتك فأنت وكيلي ولو قال كلما عزلتك فأنت وكيلي يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلت عن الوكالة المنجزة قبض

وهب عبده لوارثه فأعتقه الوارث أو باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان إن مات المورث في ذلك المرض للوصية للوارث بقدر الإمكان، فإذا سقط عنه المهر بالاتفاق فالوارث يدعي العود عليه والزوج ينكر والقول قول المنكر.

قال رحمه الله: **(أقر بدين أو غيره ثم قال كنت كاذبا فيما أقررت حلف المقر له أن المقر ما كان كاذبا فيما أقر به ولست بمبطل فيما أدعيه عليه والإقرار ليس بسبب للملك)** وهذا قول أبي يوسف. وقالا: لا يحلف لأن الإقرار حجة ملزمة شرعاً فلا يصار معه إلى اليمين كالبينة بل أولى لأن احتمال الكذب فيه أبعد لتضرره بذلك، ووجه الاستحسان أن العادة جرت بين الناس أنهم يكتبون الصك إذا أرادوا الاستدانة قبل الأخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الأقرار دليلاً، وكذا الوادعي وارث المقر يحلف المقر له على الصحيح لأن الوارث أدعى الجزء الذي في يد المقر له فاليمين على نفي العلم أننا لا نعلم أنه كاذب فيحلف وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي لا يضره اليمين إن كان صادقاً فيصار إليه. قال رحمه الله: **(لو قال لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا)** لأن سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فإنه إذا سكت صحت الهبة وسقط الدين لما بينا، وإن قال من ساعته لا أقبل بطل وبقي الدين على حاله، وكذا لو قال جعلت أرضي عليك وقفاً فكست صحت، ولو قال لا أقبل بطل. وقال الأنصاري: الوقف لا يبطل بقوله لا أقبل لأنه وقف لله تعالى والأشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف لما عرف من أصله أنه يصير وقفاً بمجرد قوله وقفت داري. قال رحمه الله: **(وكلها بطلاقها لا يملك عزلها)** لأنه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها ولا يصح الرجوع عن اليمين وهو تمليك من جهتها لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الأجنبي. قال رحمه الله: **(وكلتك بكذا على إني متى عزلتك فأنت وكيلي)** يقول في عزله عزلتك ثم عزلتك أي ثم يقول عزلتك لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة، فإن عزله انعزل عن الوكالة المنجزة ثم تنجزت المعلقة فصار توكيلاً جديداً، ثم بالعزل الثاني قد رجع عن الوكالة الثانية. قال رحمه الله: **(ولو قال كلما عزلتك فأنت وكيلي يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلت عن الوكالة المنجزة)** وقيل يقول في عزله كلما وكلتك فأنت معزول لأنه كلما صار وكيلاً انعزل فيحصل مقصوده بذلك والأول أوجه. قال رحمه الله: **(قبض بدل الصلح شرطا إن كان ديناً بدين)** بأن

بدل الصلح شرطا إن كان ديناً بدين وإلا لا أدعى رجل على صبي دار فصالحه أبوه على مال الصبي فإن كان للمدعي بينة جاز إن كان بمثل القيمة أو أكثر مما يتغابن الناس فيه وإن لم يكن للمدعي بينة أو كانت غير عادلة لا قال لا بينة فبرهن أو لا شهادة لي

وقع على دراهم عن دنانير أو على شيء آخر في الذمة لأنه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الدائن بعقد المداينة يحمل على المعاوضة صار صرفاً أو بيعاً، وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الكالىء بالكالىء وقد بيناه من قبل في كتاب الصلح وغيره. قال رحمه الله: **(وإلا لا)** أي إن لم يكن ديناً بدين لا يشترط قبضه لأن الصلح إذا وقع على عين متعينة لا يبقى ديناً في الذمة فجاز الافتراق عنه وإن كان مال الربا كما وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقد بيناه من قبل. قال رحمه الله: **(أدعى رجل على صبي دار فصالحه أبوه على مال الصبي فإن كان للمدعي بينة جاز إن كان بمثل القيمة أو أكثر مما يتغابن الناس فيه)** لأن للصبي فيه منفعة وهي سلامة العين له لأنه لو لم يصالح يستحقه المدعي فتنقد بالمثل وبقدر ما يتغابن فيه عادة لأنه لا يمكن التحرز عنه. قال رحمه الله: **(وإن لم يكن للمدعي بينة أو كانت غير عادلة لا)** يعني لا يصح لأنه يكون متبرعاً بمال الصبي بالصلح لا مشترياً له لأنه لم يستحق المدعي شيئاً من ماله لو لا الصلح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر فلا يجوز لأن الولاية نظرية قال الله تعالى ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ [الأنعام: ١٥٢] وإن كان الأب هو المدعي للصغير ولا بينة يجوز كيفما كان لأنه لم يثبت للصبي فيما أدعاه الأب له ملك ولا معنى الملك وهو التمكن من الأخذ فكان محصلاً له مالاً من غير أن يخرج من ملك الصبي شيئاً بمقابلته فكان نفعاً محضاً، فإن كان له بينة عادلة لا تجوز إلا بالمثل وبأقل لقدر ما يتغابن فيه لأنه صار في معنى الملك لتمكنه من الأخذ بالبينة العادلة، ووصي الأب في هذا كالأب لأنه قائم مقامه. قال رحمه الله: **(قال لا بينة فبرهن أو لا شهادة لي فشهد تقبل)** ومعنى الأول أن يقول المدعي ليس له بينة على دعوى هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل لأن التوفيق بينهما ممكن بأن كانت له بينة فنسي ثم ذكرها بعد ذلك أو كان لا يعلمها ثم علمها. وعن أبي حنيفة أنها لا تقبل لأنه أكذب بينته. ومعنى الثاني أن يقول الشاهد لا شهادة لفلان عندي في حق له ثم يشهد له به تقبل شهادته، روي ذلك عن أبي حنيفة لأنه يحتمل أن تكون له شهادة قد نسيها أو لم يعلمها ثم علمها ولهذا لو قال لا أعلم لي حقاً على فلان ثم أقام البينة أن له عليه حقاً تقبل لإمكان التوفيق بخلاف ما إذا قال ليس لي عليه حق ثم أدعى حقاً حتى لا تسمع دعواه لأن المناقضة بين الأقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما، ونفي الحجة في هذا كنفي الشهادة لا كنفي الحق حتى إذا قال لا حجة لي على فلان ثم أتى بحجة تقبل لأنه يقول نسيت، ولو قال هذه الدار ليست لي أو قال ذلك العبد ثم أقام بينة أن الدار والعبد له تقبل ببينته لأنه لم يثبت

فشهد تقبل للإمام الذي ولاه الخليفة أن يقطع انسانا من الطريق الجادة إن لم يضر بالمارة من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح خوفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح أن قدر على الضرب وإن أكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال ولو أحالت انسانا على الزوج بالمهر ثم وهبت المهر للزوج لا يصح اتخذ بئرا في ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره فطلب تحويله لا يجبر عليه وإن سقط الحائط منه لم يضمن ولو عمر دار زوجته بماله بإذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها لأن الملك لها ولنفسه

باقراره حقاً لأحد، وكل إقرار لم يثبت به لغيره حقاً كان لغواً ولهذا يصح دعوى الملاعن نسب ولد نفي بلعانه نسبه لأنه حين نفاه لم يثبت فيه حقاً لأحد.

قال رحمه الله: **(للإمام الذي ولاه الخليفة أن يقطع انسانا من الطريق الجادة إن لم يضر بالمارة)** لأن للأمام ولاية التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فإذا رأى في ذلك مصلحة لهم كان له أن يفعله من غير أن يلحق ضرراً بأحد ألا ترى أنه إذا رأى أن يدخل بعض الطريق في المسجد أو بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له أن يفعل ذلك، والإمام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لأنه نائبه فكان فيه مثله. قال رحمه الله: **(من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح)** أي جاز البيع لأنه لم يكره على البيع وإنما باع باختياره. غاية الأمر أنه صار ملجأ إلى بيعه لا يقال لما طلب منه ذلك فقد أكرهه لأنا نقول: ذلك لا يوجب الإكراه كالدائن إذا حبسه المدين فباع ماله ليقضي بثمنه دينه فإنه يجوز لأنه باعه باختياره وإنما وقع الكره في الايفاء لا في البيع وقد تقدم مثله في التسعير. وفي الفتاوى: لو أدخل نفسه في مال السلطنة ثم أكرهه السلطان على بيع ماله لا يكون ذلك إكراهاً لأنه لما دخل باختياره مع علمه أن السلطان إذا تأخر له مال يبيع داره وأمتعته صار راضياً بما يترتب على الدخول فلا يكون إكراهاً. قال رحمه الله: **(خوفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح أن قدر على الضرب)** لأنها مكرهة عليه إذا لإكراه على المال يثبت بمثله لأن التراضي شرط في تمليك الأموال والرضا ينتفي بمثله فلا يصح. قال رحمه الله: **(وإن أكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال)** لأن طلاق المكره واقع ولا يلزمها المال به إذ الرضا شرط فيه على ما بينا من قبل في كتاب الاكراه. قال رحمه الله: **(ولو أحالت انسانا على الزوج بالمهر ثم وهبت المهر للزوج لا يصح)** لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة الغرماء عند موتها فيرد تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون أو وهبه. قال رحمه الله: **(اتخذ بئرا في ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره فطلب تحويله لا يجبر عليه وإن سقط الحائط منه لم يضمن)** لأنه تصرف في خالص ملكه ولأن هذا تسبب وبه لا يجب الضمان إلا إذا كان متعدياً كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد فلا يضمن. قال رحمه الله: **(ولو عمر دار زوجته بماله بإذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها لأن الملك لها)** وقد صح

بلا إذنها فله ولو عمرها لها بلا إذنها فالعمارة لها وهو متطوع ولو أخذ غريمة فنزعه انسان من يده لم يضمن في يده مال انسان فقال له سلطان ادفع إلى هذا المال وإلا اقطع يدك أو أضربك خمسين فدفع لم يضمن وضع منجلا في الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحاً ميتاً لم يؤكل كره من الشاة الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر للقاضي أن يقرض مال

أمرها بذلك فينتقل الفعل إليها فتكون كأنها هي التي عمرته فيبقى على ملكها وهو غير متطوع بالإنفاق فيرجع لصحة أمرها فصار كالمأمور بقضاء الدين. قال رحمه الله: **(ولنفسه بلا إذنها فله)** أي إذا عمر لنفسه من غير إذن المرأة كانت العمارة له لأن الآلة التي بنى بها ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاضباً للعرصة وشاغلاً ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ إن طلبت زوجته ذلك. قال رحمه الله: **(ولو عمرها لها بلا إذنها فالعمارة لها وهو متطوع)** أي عمرها لها بغير إذنها كان لها البناء وهو متطوع بالبناء فلا يكون له الرجوع عليها به لأنه لا ولاية له في ايجاب ذلك عليها. قال رحمه الله: **(ولو أخذ غريمة فنزعه انسان من يده لم يضمن)** أي لا يضمن النازع فلا يضاف إليه التلف كما إذا حل قيد العبد فأبق فإن الحال لا يضمن لأن التلف لم يحصل بفعله وإنما حصل بفعل العبد وهو مختار، وكذا إذا دل السارق فإن الفعل حصل بفعل السرقة لا بدلالته وكمن أمسك هارباً من عدو حتى قتله العدو فإن الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا. قال رحمه الله: **(في يده مال انسان فقال له سلطان ادفع إلى هذا المال وإلا اقطع يدك أو أضربك خمسين فدفع لم يضمن)** أي لا يضمن الدافع لأنه مكره عليه فكان الضمان على المكره أو على الآخذ أيهما شاء المالك إذا كان الآخذ مختاراً وإلا فعلى المكره فقط. قال رحمه الله: **(وضع منجلا في الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحاً ميتاً لم يؤكل)** لأن الشرط أن يذبحه انسان أو يجرحه وبدون ذلك لا يحل وهو كالنطيحة والمتردية حتى لو وجده ميتاً من ساعته لا يحل لعدم شرطه. قال رحمه الله: **(كره من الشاة الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر)** لما روى الأوزاعي عن واصل بن مجاهد قال: كره رسول الله ﷺ من الشاة الذكر والأنثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة. قال أبو حنيفة: الدم حرام وكره الستة وذلك لقوله تعالى ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ [المائدة: ٣] وكره ما سواه لأنه مما تستخبثه النفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة لقوله تعالى ﴿ويحرم عليكم الخبائث﴾ وروى ابن عمر رضي الله عنهما سأل عن القنفذ فتلا قوله تعالى ﴿قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية. فقال شيخ عنده: سمعت أبا هريرة يقول ذكر القنفذ عند النبي ﷺ فقال: خبيث من الخبائث.

قال رحمه الله: **(للقاضي أن يقرض مال الغائب والطفل واللقطة)** لأنه قادر على

الغائب والطفل واللقطة صبي حشفته ظاهرة بحيث لو رآه انسان ظنه مختوناً ولا تقطع جلده ذكره إلا بتشديد ترك كشيخ أسلم وقال أهل النظر لا يطيق الختان ووقته سبع سنين والمسابقة بالفرس والإبل والأرجل والرمي جائزة وحرم شرط الجعل من الجانبين

الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به، وهذه المسألة مكررة مع قوله في كتاب القاضي إلى القاضي ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك بخلاف الأب والوصي والملتقط لأنهم عاجزون عن استخلاصه فيكون تضييعاً إلا أن الملتقط إذا أنشد اللقطة ومضت مدة النشد ينبغي أن يجوز له الإقراض من الفقراء لأنه لو تصدق به عليهم في هذه الحالة جاز فالقرض أولى. قال رحمه الله: **(صبي حشفته ظاهرة بحيث لو رآه انسان ظنه مختوناً ولا تقطع جلده ذكره إلا بتشديد ترك كشيخ أسلم وقال أهل النظر لا يطيق الختان)** لأن قطع جلده لتنكشف الحشفة فإن كانت الحشفة طاهرة فلا حاجة إلى القطع، وإن كان يواري الحشفة يقطع الفضل، ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ينظر؛ إن قطع أكثر من النصف يكون ختاناً لأن للأكثر حكم الكل، وإن قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكماً، والأصل أن الختان سنة كما جاء في الخبر وهو من شعائر الاسلام وخصائصه حتى لو اجتمع أهل بلد على تركه يحاربهم الأمام فلا يترك إلا للضرورة وعذر الشيخ الذي لا يطيق ذلك ظاهر فيترك. قال رحمه الله: **(ووقته سبع سنين)** أي وقت الختان سبع سنين، وقيل لا يختن حتى يبلغ لأن الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبله فكان ايلاماً قبله من غير حاجة، وقيل أقصاه اثنا عشر سنة، وقيل تسع سنين، وقيل وقته عشر سنين لأنه يؤمر بالصلاة إذا بلغ عشراً اعتياداً وتخلقاً فيحتاج إلى الختان لأنه شرع للطهارة، وقيل إن كان قوياً يطيق ألم الختان يختن وإلا فلا وهو أشبه بالفقه. وقال أبو حنيفة: لا علم لي بوقته ولم ير وعن أبي يوسف ومحمد فيه شيء وأن المشايخ اختلفوا فيه. وختان المرأة ليس بسنة وإنما هو مكرمة للرجال في لذة الجماع وقيل سنة، والأصل أن ايصال الألم إلى الحيوان لا يجوز شرعاً إلا لمصالح تعود إليه، وفي الختان إقامة السنة وتعود إليه أيضاً مصلحته لأنه جاء في الحديث «الختان سنة» يحارب على تركها. وكذا يجوز كي الصغير وربط قرحته وغيره من المداواة، وكذا يجوز ثقب اذن البنات الأطفال لأن فيه منفعة للزينة، وكان يفعل ذلك من وقته ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير. والحامل لا تفعل ما يضر بالولد ولا ينبغي لها أن تحتجم ما لم يتحرك الولد فإذا تحرك فلا بأس ما لم تقرب الولادة، فإذا قربت فلا تحتجم لأنه يضره. وأما الفصد فلا تفعله مطلقاً ما دامت حبلى لأنه يخاف على الولد منه، وكذا يجوز فصد البهائم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها، وجاز قتل ما يضر من البهائم كالكلب العقور والهرة إذا كانت تأكل الحمام والدجاج لإزالة الضرر ويذبحها ولا يضر بها لأنه لا يفيد فيكون معذباً لها بلا فائدة. قال رحمه الله: **(والمسابقة بالفرس والإبل والأرجل والرمي**

لا من أحد الجانبين ولا يصلي على غير الانبياء والملائكة إلا بطريق التبع والاعطاء باسم

جائزة) لقوله ﷺ «لا سبق إلا في خف أو نعل أو حافر»[١] وأذن رسول الله ﷺ لسلمة بن الاكوع أن يسابق رجلاً كان لا يسابق أبداً فسبقه سلمة بن الاكوع. وقال الزهري: كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله ﷺ بالخيل والركاب والأرجل. ولأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة خيلهم وأنفسهم والتعلم للكلب والقدد مباح.

قال رحمه الله: **(وحرم شرط الجعل من الجانبين لا من أحد الجانبين)** لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ سبق بالخيل وراهن. ومعنى شرط الجعل من الجانبين أن يقول إن سبق فرسك فلك علي كذا، وإن سبق فرسي فلي عليك كذا وهو قمار فلا يجوز لأن القمار من القمر الذي يزاد تارة وينقص أخرى وسمي القمار قماراً لأن كل واحد من القمارين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه ويجوز أن يستفيد مال صاحبه فيجوز الازدياد والنقصان في كل واحد منهما فصار ذلك قماراً، وهو حرام بالنص ولا كذلك إذا شرط من جانب واحد بأن يقول إن سبقتني فلك علي كذا وإن سبقتك فلا شيء لي عليك لأن النقصان والزيادة لا يمكن فيهما وإنما في أحدهما يمكن الزيادة وفي الأخرى النقصان فلا يكون مقامرة لأن المقام مفاعلة منه فيقتضي أن يكون من الجانبين، وإذا لم يكن في معناه جاز استحساناً لما روينا. والقياس أنه لا يجوز لما فيه من تعليق الملك على الخطر ولهذا لا تجوز فيما عدا الأربعة المذكورة في الكتاب كالبغل وإن كان الجعل مشروطاً من أحد الجانبين. وفي الحديث إشارة إليه لأنه خصص هؤلاء والمراد به الاستباق بلا جعل يجوز في كل شيء ولا يمكن إلحاق ما شرط فيه الجعل لأنه ليس في معناه لأن المانع فيه من وجهين: القمار والتعليق بالخطر. وفي الآخر من وجه واحد هو التعليق بالخطر لا غير فليس بمثل له حتى يقاس عليه. وشرطه أن تكون الغاية مما تتحملها الفرس، وكذا شرطه أن يكون في كل واحد من الفرسين احتمال السبق، وأما إذا علم أن أحدهما يسبق لا محالة فلا يجوز لأنه إنما جاز لحاجة الرياضة على خلاف القياس. وليس في هذا إيجاب المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه فلا يجوز، ولو شرط الجعل من الجانبين وأدخلا ثالثاً محللاً جاز إذا كان فرس المحلل كفؤاً لفرسيهما يجوز أن يسبق أو سبق فلا محالة وإلا فلا يجوز لقوله ﷺ «من أدخل فرساً بين الفرسين وهو لا يأمن يسبق فلا بأس»[٢] رواه أحمد وأبو داود وغيرهما. وصورة إدخال المحلل أن يقول للثالث إن سبقتنا فالمالان لك، وإن سبقناك فلا شيء لنا عليك ولكن الشرط الذي شرطناه بينهما وهو أن أيهما سبق كان له الجعل على صاحبه باقٍ

---

(١) رواه أبو داود في كتاب الجهاد باب ٦٠. الترمذي في كتاب الجهاد باب ٢٢. النسائي في كتاب الخيل باب ١٤. ابن ماجه في كتاب الجهاد باب ٤٤. أحمد في مسنده (٢/ ٢٥٦، ٣٥٨).

(٢) رواه أبو داود في كتاب الجهاد باب ٦٢. ابن ماجه في كتاب الجهاد باب ٤٤. أحمد في مسنده (٢/ ٥٠٥).

النيروز والمهرجان لا يجوز ولا بأس بلبس القلانس ويسن لبس السواد وارسال ذنب

على حاله ويأخذ أيهما غلب المال المشروط له من صاحبه. وإنما جاز هذا لأن الثالث لا يغرم على التقادير كلها قطعاً ويقيناً وإنما يحتمل أن يأخذ أو لا يأخذ فخرج بذلك من أن يكون قماراً فصار كما إذا شرط من جانب واحد لأن القمار هو الذي يستوفي فيه من الجانبين في احتمال الغرامة على ما بيناه. ولو قال واحد من الناس لجماعة من الفرسان أو للاثنين فمن سبق فله كذا من مال نفسه أو قال للرماة من أصاب الهدف فله كذا جاز لأنه من باب التنفيل، فإذا كان للتنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه يجوز فما ظنك بخالص ماله؟ فصار أنواع السبق أربعة: ثلاثة منها جائزة وواحدة منها لا تجوز، وقد ذكرنا الجميع ويعرف ذلك بالتأمل. وعلى هذا الفقهاء إذا تنازعوا في المسائل وشرط للمصيب منهم جعلاً جاز ذلك إذا لم يكن من الجانبين على ما ذكرنا في الخيل لأن المعنى يجمع الكل إذ التعليم في البابين يرجع إلى قوة الدين أو أعلاء كلمات الله تعالى. والمراد بالجواز المذكور في باب المسابقة الحل لا الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضي فلا يقضى عليه به وقد قدمنا ذلك فيما تقدم. قال رحمه الله: **(ولا يصلي على غير الانبياء والملائكة إلا بطريق التبع)** لأن في الصلاة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهي زيادة الرحمة والتقرب من الله تعالى، ولا يليق ذلك مما يتصور منه الخطأ والذنوب وإنما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز وقوله إلا تبعاً بأن يقول اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم لأن فيه تعظيم النبي ﷺ واختلفوا في الترحم على النبي ﷺ بأن يقول اللهم ارحم محمداً؛ قال بعضهم لا يجوز لأنه ليس فيه ما يدل على التعظيم مثل الصلاة والسلام ولهذا يجوز أن يدعى بهذا اللفظ لغير الأنبياء والملائكة عليهم الصلاة والسلام وهو مرحوم قطعاً فيكون تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلاة فلا حاجة إليها. وقال بعضهم: يجوز لأن النبي ﷺ كان من أشوق العباد إلى مزيد رحمة الله ومعناها معنى الصلاة فلم يوجد ما يمنع من ذلك، ثم الأولى أن يدعو للصحابة بالرضا فيقول رضي الله عنهم لأنهم كانوا يبالغون في طلب الرضا من الله تعالى ويجتهدون في فعل ما يرضيه ويرضون بما لحقهم من الابتلاء من جهته أشد الرضا فهؤلاء أحق بالرضا وغيرهم لا يلحق أدناهم ولو أنفق ملء الأرض ذهباً. والتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم ولقلة اهتمامهم بالامور الدينية. قال رحمه الله: **(والاعطاء باسم النيروز والمهرجان لا يجوز)** أي الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر. وقال أبو حفص الكبير رحمه الله: لو أن رجلاً عبد الله تعالى خمسين سنة ثم جاء النيروز وأهدى إلى بعض المشركين بيضة يريد تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله. وقال صاحب الجامع الأصغر: إذا أهدى يوم النيروز إلى مسلم آخر ولم يرد به تعظيم اليوم ولكن على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر، ولكن ينبغي له أن لا يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة ويفعله قبله أو بعده لكيلا يكون تشبيهاً بأولئك القوم وقد

العمامة بين الكتفين إلى وسط الظهر للشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل ولحافظ القرآن أن يختم في كل أربعين يوما.

قال ﷺ «من تشبه بقوم فهو منهم»(١) وقال في الجامع الأصغر: رجل اشترى يوم النيروز شيئاً يشتريه الكفرة منه وهو لم يكن يشتريه قبل ذلك إن أراد به تعظيم ذلك اليوم كما تعظمه المشركون كفر، وإن أراد الأكل والشرب والتنعم لا يكفر.

قال رحمه الله: **(ولا بأس بلبس القلانس)** لما روي أن النبي ﷺ كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك ذكره في الذخيرة. قال رحمه الله: **(ويسن لبس السواد وارسال ذنب العمامة بين الكتفين إلى وسط الظهر)** لأن محمداً رحمه الله ذكر في السير الكبير في باب الغنائم حديثاً يدل على أن لبس السواد مستحب، ومن أراد أن يجدد اللف للعمامة ينبغي له أن ينقضها كوراً فكوراً فإن ذلك أحسن من رفعها على الرأس والقائها في الأرض دفعة واحدة، وأن المستحب إرسال ذنب العمامة بين الكتفين. واختلفوا في مقدار الذنب قيل شبر، وقيل إلى وسط الظهر، وقيل إلى موضع الجلوس. وكان محمد رحمه الله يتعمم بالعمامة السوداء فدخلت عليه يوماً مستورة فبقيت تنظر إلى وجهه وهي متحيرة فقال لها: ما شأنك؟ فقالت: أتعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك فوضعها عن رأسه ولم يتعمم بالعمامة السوداء بعد ذلك، ويستحب للرجل أن يلبس أحسن ثيابه، وكان أبو حنيفة يأمر أصحابه بذلك ويلبس بأربعمائة دينار وأباح الله تعالى الزينة بقوله ﴿قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده﴾ [الاعراف: ٣٢] وقال ﷺ «إن الله تعالى إذا أنعم على عبد أحب أن يرى أثر نعمته عليه»(٢) وقد خرج رسول الله ﷺ وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم وربما قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم. قال رحمه الله: **(للشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل)** لأنه أفضل منه قال الله تعالى ﴿هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون﴾ [الزمر: ٩] ولهذا يقدم في الصلاة وهي أحد أركان الاسلام وهي ثالثة الايمان وقال الله تعالى ﴿أطيعوا الله واطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم﴾ [النساء: ٥٩] والمراد بأولى الأمر العلماء في أصح القولين والمطاع شرعاً مقدم وكيف لا يتقدمون والعلماء ورثة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام على ما جاءت به السنة. قال رحمه الله: **(ولحافظ القرآن أن يختم في كل أربعين يوما)** لأن المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة قال الله تعالى: ﴿أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب إقفالها﴾ [محمد: ٢٤] وذلك يحصل بالتأني لا بالتواني في المعاني فقدر الختم أقله أربعون يوماً كل يوم حزب ونصف أو ثلثا حزب أو أقل والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) رواه أبو داود في كتاب اللباس باب ٤. أحمد في مسنده (٢/ ٥٠).

(٢) رواه الترمذي في كتاب الأدب باب ٥٤. أحمد في مسنده (٢/ ٣١١، ٤٣٨).

كتاب الفرائض

كتاب الفرائض

اعلم أن علم الفرائض هو علم المواريث يحتاج إليه لكثرة ما تعم به البلوى ويكون فيه من النوازل والفتوى، ولهذا حث الشارع على تعلمه ورغب فيه مخافة اندراسه فقال «تعلموا الفرائض وعلموها للناس فإني أمرؤ مقبوض وسيقبض هذا العلم بقبض العلماء وتظهر الفتن حتى يتنازع الاثنان في الفريضة فلا يجدان أحداً يفصل بينهما»[١] وقال عليه الصلاة والسلام «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنه أول ما ينزع من أمتي»[٢] ثم يحتاج إلى معرفة تفسير الفرائض وسبب استحقاق الميراث وسبب حرمانه والحقوق المتعلقة بالتركة وأصناف الوارثين.
أما تفسيرها فالفرض في اللغة عبارة عن التقديرة قال الله تعالى ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي قدرتم ويقال فرض القاضي النفقة إذا قدرها، وكذا يستعمل للقطع يقال قرضت الفأرة الثوب أي قطعته فسمي كتاب الفرائض لأن سهام المواريث كلها مقدرة مقطوعة، ولأن سبب استحقاق الإرث القرابة وما هو ملحق بها كالولاء. أما القرابة فنوعان: رحم وزوجية، ونص الكتاب ناطق بهما وهو قوله تعالى ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ [النساء: ١١] الآية. ولأن الميت لما استغنى عن ماله ولم يستحقه أحد يبقى عاطلاً سائباً والقريب أولى الناس به فيستحقه بالقرابة صلة كما يستحق النفقة حال حياة مورثه صلة. والزوجية أصل القرابة وأساسها لأن القرابات تفرعت وتشعبت منها فالتحق قرابة السبب بقرابة النسب في حق استحقاق الإرث. وأما الولاء فلقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لحمة كلحمة النسب» يعني في حق استحقاق الميراث فقد التحق الولاء بالنسب، ولأنه بالإعتاق تسبب إلى احيائه حكماً حين أزال عنه المالكية والولاية التي هي من خاصة

(١) رواه الدارمي في كتاب المقدمة باب ٢٤. الترمذي في كتاب الفرائض باب ٢.
(٢) رواوه ابن ماجه في كتاب الفرائض باب ١.

....

الإنسانية وكان السبب إلى الإحياء يعني بالاعتاق، وكذا ولاء الموالاة لقوله عليه الصلاة والسلام لمن سأله عمن أسلم على يد رجل هو أحق الناس به محياه أو مماته. وأما ما يحرم به الميراث فأنواع ثلاثة: الرق والكفر والقتل مباشرة بغير حق. أما الرق فلأنه سلب أهلية الملك، وأما الكفر فلقوله عليه الصلاة والسلام «لا يتوارث أهل ملتين»(٣) يعني لا يرث كافر مسلماً ولا مسلم كافراً. وأما القتل فلما يأتي في بابه. وأما الحقوق المتعلقة بالتركة فأربعة: الكفن والدفن والوصية والدين والميراث. فأول ما يبدأ منها بكفن الميت ودفنه لأن ستر عورته ومواراة سوآته من أهم حوائجه، واستغرق الدين بماله لم يمنعه من ذلك حال حياته فكذلك بعد وفاته ثم تقضى ديونه لأنها أهم من قضاء ديون الله لاستغناء الله تعالى، وافتقار العبد لدة خصومة الله تعالى في حقوق العباد، ولكثرة تجاوز الله تعالى وعفوه وتفضله وكرمه، ثم تنفذ وصيته من الثلث لأنها من حوائج الميت. والوارث إنما يستحق الميراث إذا استغنى المورث. وهذا إذا كانت الوصية بشيء بعينه، فإن كانت الوصية بثلث ماله أو ربعه فالموصى له شريك الورثة لأنها بمعنى الميراث لأنه ثبت حقه في جميع التركة شائعاً كحق سائر الورثة. ثم يقسم الباقي بين ورثته على فرائض الله تعالى وسنة رسول الله ﷺ. وأما أصناف الوارثين فثلاثة: أصحاب الفرائض الذين لهم سهام مقدرة وعصبة وهم الذين يأخذون ما فضل من أصحاب الفروض، وذوو الأرحام وهم الذين ليس لهم فروض مقدرة ولا لهم حقيقة تعصيب وإنما لهم مجرد قرابة. ولم يتعرض المؤلف لبيان ما يجري فيه الإرث وما لا يجري فيه الإرث فنقول: لا شك أن أعيان الأموال يجري فيها الإرث، وأما الحقوق فمنها ما يجري فيه الإرث حق الشفعة وخيار الشرط وحد القذف عندنا والنكاح لا يورث بلا خلاف وحبس المبيع وحبس الرهن يورث والوكالات والعواري والودائع لا تورث. واختلف المشايخ في خيار العيب فمنهم من قال يورث، ومنهم من قال لا يورث ولكن لا يثبت للورثة ابتداء، والدية تورث بلا خلاف، وأما القصاص في الأصل أنه يورث ويثبت للورثة ابتداء ويجوز أن يقال القصاص لا يورث عند أبي حنيفة، ويورث عندهما والولاء لا يورث بلا خلاف. وأما بيان الوقت الذي يجري فيه الإرث فنقول: هذا فصل اختلف المشايخ فيه؛ قال مشايخ العراق: الإرث يثبت في آخر جزء من أجزاء حياة المورث. وقال مشايخ بلخ: الإرث يثبت بعد موت المورث. وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر في رجل تزوج بأمة الغير ثم قال لها إذا مات مولاك فأنت حرة فمات المولى والزوج وارثه هل تعتق؟ فعلى قول من يقول بأن الأرث يجري في آخر جزء

(٣) رواه أبو داود في كتاب الفرائض باب ١٠. الترمذي في كتاب الفرائض باب ١٦. ابن ماجه في كتاب الفرائض باب ٦. أحمد في مسنده (٢/ ١٧٨، ١٩٥).

يبدأ من تركة الميت بتجهيزه ثم بدينه ثم وصيته ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض أي

من أجزاء حياة المورث تعتق بعد الموت، وذكر هذه المسألة في القدوري وذكر أنها على قول أبي يوسف لا تعتق، وعلى قول زفر تعتق.

وأما ما يستحق به الإرث وما يحرم به فنقول: ما يستحق به الإرث شيئان: النسب والسبب. فالنسب على ثلاثة أنواع: المنتسبون إليه وهو الأولاد، والمنتسب هو إليهم وهم الآباء والأمهات، والسبب وهم الأخوات والأعمام والعمات وغير ذلك. والسبب ضربان: زوجية وولاء. والولاءة نوعان: ولاء عتاقة وولاء الموالات، وفي النوعين من الولاء يرث الأعلى من الأسفل ولا يرث الأسفل من الأعلى. هذا بيان جملة ما يستحق به الإرث حتى إلى بيان ما يحرم به الإرث فنقول: ما يحرم به من الميراث الرق حتى إن العبد لا يرث من الحر والحر لا يرث من العبد وسيأتي شيء من ذلك بعدها. واختلاف الدينين حتى لا يرث الكافر من المسلم ولا المسلم من الكافر وسيأتي أيضاً. والقتل مباشرة بغير حق في القتل يشترط لحرمان الميراث ثلاثة أشياء: أحدها المباشرة سواء كانت عمداً أو خطأ حتى إن من تسبب إلى قتل مورثة بأن صب الماء على الطريق فزلق به مورثه فمات أو حفر بئراً على حافة الطريق فوقع فيها مورثه ومات لا يحرم من الميراث. الثاني أن يكون القتل بغير حق والقتل بحق لا يوجب حرمان الإرث ألا ترى أن من صال عليه مورثه فقتله الوارث دفعاً لصيالته لا يوجب حرمان الميراث. الشرط الثالث أن يكون المباشرة مخاطباً حتى إن الصبي والمجنون إذا قتل لم يتعلق به حق وجوب القصاص ولا حرمان الميراث، وكذلك اختلاف الدارين سبب لحرمان الميراث لأن الميراث إنما يستحق بالنصرة ولا تناصر عند اختلاف الدارين ولكن هذا الحكم في أهل الكفر لا في حق المسلمين حتى إن المسلم إذا مات في دار الإسلام وله ابن مسلم في دار الهند أو الترك يرث. وفي الكافي: ثم اختلاف الدارين على نوعين: حقيقي كالحربي مات في دار الحرب وله ابن ذمي في دار الإسلام فإنه لا يرث الذمي من ذلك الحربي، وكذا لو مات ذمي في دار الإسلام وله أب أو ابن في دار الحرب فإنه لا يرث ذلك الحربي من ذلك الذمي. وحكمي كالمستأمن والذمي حتى لو مات مستأمن في دارنا لا يورث منه وارثه الذمي، وكذلك الدين سبب لحرمان الميراث. وهذا إذا كان الدين مستغرقاً للتركة، أما إذا لم يكن مستغرقاً فالقياس أن لا يوجب حرمان الإرث، وفي الاستحسان لا يوجب. وقد قيل البعد سبب لحرمان الميراث أيضاً حتى لا يرث البعيد من القريب إذا لو ورث لورث جميع العالم من واحد وأنه محال. قال رحمه الله: **(يبدأ من تركة الميت بتجهيزه)** المراد من التركة ما تركه الميت خالياً عن تعلق حق الغير بعينه، وإن كان حق الغير متعلقاً به الرهن والعبد الجاني والمشتري قبل القبض فإن صاحبه يقدم على التجهيز كما في حال

. . . .

حياته، فحاصله أن معتبر بحال حياته فإن المرء يقدم نفسه في حال حياته فيما يحتاج إليه من النفقة والكسوة والسكنى على أصحاب الدين ما لم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته يقدم تجهيزه من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية أو كفن السنة أو قدر ما كان يلبسه في حال حياته من الوسط أو من الذي كان يتزين به في الأعياد والجمع. والزيارات على ما اختلفوا فيه لقوله تعالى ﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما﴾ [الفرقان: ٦٧] وهو محترم حياً وميتاً فلا يجوز كشف عورته. وفي الأثر «لعظام الميت من الحرمة ما لعظام الحي» فيجب أن يعلم أن التركة تتعلق بها حقوق أربعة: جهاز الميت ودفنه والدين والوصية والميراث. فيبدأ بجهازه وكفنه وما يحتاج في دفنه بالمعروف. وفي الكافي: من غير تبذير ولا تقتير. وفي التهذيب: إذا مات الرجل يبدأ من تركته بتكفينه وتجهيزه بالمثل والمثل ما يلبس عند الخروج، وقيل في الأعياد، وقيل في الجمع والجماعات وهو الأصح ثم الدين، وأنه لا يخلو إما أن يكون الكل دين المرض وإن كان البعض دين الصحة والبعض دين المرض، فإن كان الكل سواء لا يقدم البعض على البعض، وإن كان الدين دين الصحة والبعض دين المرض ثبت بالبينة أو المعاينة فهو دين الصحة سواء. وفي المضمرات: وسأل عمن مات وله مال في يد أجنبي وطلب منه الورثة تسليم ذلك وعلى الميت ديون والمدعي عليه يعلم بذلك وأنهم ورثته فصالحه الورثة عما عليه وفي يده مال ثم دفعه من مال نفسه إليهم هل يغرم لغرماء الميت؟ فقال: نعم ولا يبرأ بهذا الصلح. وسأل عمن مات وله في يد أجنبي مال وله ورثة ولا شيء في أيديهم وعلى الميت ديون على من يدعي صاحب الدين وعلى من يقيم البينة؟ فقال: على ذي اليد بحضرة الورثة وتنفذ وصاياه من ثلث ماله. وفي الفرائض للخسامي: ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما يبقي بعد الكفن والدين إلا أن يجيز الورثة أكثر من الثلث ويقسم الباقي بين الورثة على سهام الميراث. وهذا إذا كانت الوصية بشيء بعينه، فأما إذا كانت الوصية شائعاً نحو الوصية بالثلث أو بالربع لا تقدم الوصية على الميراث بكل يكون الموصى له شريك الورثة في هذه الصورة يزاد حقه بزيادة تركة الميت وينقص حقه بنقصان تركة الميت. قال رحمه الله: **(ثم بدينه)** لقوله تعالى ﴿من بعد وصية توصون بها أو دين﴾ [النساء: ١٢] قال علي كرم الله وجهه: إنكم تقرؤون الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي ﷺ قدم الدين على الوصية، ولأن الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداءة بالواجب أولى والتقديم ذكراً لا يدل على التقديم فعلاً. والمراد دين له مطالب من جهة العباد لا دين الزكاة والكفارات ونحوها لأن هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة أداؤها إلا إذا أوصى بها أو تبرعت الورثة بها من عندهم لأن الركن في العبادات نية المكلف بفعله وقد فات بموته فلا يتصور بقاء

ذو سهم مقدر فللأب السدس مع الولد وولد الابن والجد كالأب إذا لم يتخلل في نسبته أم إلا في ردها في الثلث ما بقي وحجب أم الأب فيحجب الأخوة وللأم الثلث

الواجب لأن الآخرة ليست بدار الابتلاء حتى يلزمه الفصل فيها، ولا العبادة حتى يجيز بفعل غيره من غير اختيار بخلاف دين العباد لأن فعله ليس بمقصود فيه ألا ترى أن صاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه وأخذه يجتزئ بذلك ولا كذلك حق الله تعالى لأن المقصود فيها فعله ونيته ابتلاء والله غني عن ماله وعن العالمين جميعاً غير أن الله تعالى تصدق على العبد بثلث ماله في آخر عمره ليتدارك ما فرط فيه تفضلاً من غير حاجة إليه، فإن أوصى به قام فعل الورثة مقام فعله لوجود اختياره بالإيصاء وإلا فلا. قال رحمه الله: **(ثم وصيته)** أي تنفذ وصيته من ثلث ما بقي بعد التجهيز والدين لما تلونا. وفي أكثر من الثلث لا يجوز إلا بإجارة الورثة وقد بيناه في كتاب الوصية. ثم هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى بل هو شريك لهم حتى إذا سلم له شيء سلم للورثة ضعفه أو أكثر ولا بد من ذلك بخلاف التجهيز والدين فإن الورثة والموصى لهم لا يأخذون إلا ما فضل منهما. قال رحمه الله: **(ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض أي ذو سهم مقدر)** لما تلونا ولقوله عليه الصلاة والسلام «ألحقوا الفرائض بأهلها فما فضل فلذي عصبة ذكر»[1] وفي رواية «فلأولى رجل ذكر» وذلك على سبيل التأكيد كقوله تعالى ﴿تلك عشرة كاملة﴾ [البقرة: ١٩٦] ﴿ولا طائر يطير بجناحيه﴾ [الأنعام: ٣٨] قال رحمه الله: **(فللأب السدس مع الولد وولد الابن)** لقوله تعالى ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء: ١١] جعل له السدس مع الولد وولد الابن ولد شرعاً بالإجماع قال الله تعالى ﴿يا بني آدم﴾ [الأعراف: ٣١] وكذا عرفاً قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل من باب عموم المجاز أو عرف كون ولد ابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الإجماع. وجميع أحوال الأب في الفرائض ثلاثة: أحدها الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن أو ابن الابن وإن سفل لما تلونا. والحالة الثانية الفرض والتعصيب وذلك مع البنت أو بنت الابن الفرض بما تلونا والتعصيب لما روينا. والحالة الثالثة التعصيب المطلق وذلك إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن لقوله تعالى ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث﴾ [النساء: ١١] ذكر فرض الأم وجعل الباقي دليل على أنه عصبة. قال رحمه الله: **(والجد كالأب إذا لم يتخلل في نسبته أم إلا في ردها في الثلث ما بقي وحجب أم الأب فيحجب الأخوة)** أي الجد كالأب إذا لم يتخلل

---

(١) رواه البخاري في كتاب الفرائض باب ٥، ٧، ٩، ١٥. مسلم في كتاب الفرائض حديث ٢، ٣. الترمذي في كتاب الفرائض باب ٨. الدارمي في كتاب الفرائض باب ٢٨.

في نسبه إلى الميت أنثى وهو الجد الصحيح إلا في مسألتين: أحدهما في رد أم الميت من ثلث الجميع إلى ثلث ما بقي وحجب أم الأب في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فإن الأب يردها إليه كالجد وفي حجب أم الأب فإن الأب يحجبها دون الجد، وإن تخلل في نسبه إلى الميت أم كان فاسداً فلا يرث إلا على أنه من ذوي الأرحام لأن تخلل الأم في النسبة يقطع النسب والنسب إلى الآباء لأن النسب للتعريف والشهرة وذلك تكون بالمشهورة وهو الذكور دون الإناث. وقوله كالأب يعني عند عدم الأب لأن الجد يسمى أباً قال الله تعالى حاكياً عن يوسف عليه الصلاة والسلام ﴿واتبعت ملة آبائي ابراهيم واسحاق ويعقوب﴾ [يوسف: ٣٨] وكان اسحاق جده وإبراهيم جد أبيه. وقال الله تعالى ﴿يا بني آدم لا يفتننكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة﴾ [الأعراف: ٢٧] وهما آدم وحواء عليهما السلام فإذا كان أباً دخل في النص إما بطريق عموم المجاز أو بالإجماع على ما نحو ما ذكرنا في ابن الابن فكان له الأحوال الثلاثة التي ذكرناها في الأب. وله حالة رابعة وهو السقوط بالأب لأنه أقرب منه ويدلي به فلا يرث معه وإنما يقوم مقامه عند عدمه. وقوله و «يحجب الإخوة» يعني الجد يحجب الإخوة كالأب لأنه قائم مقامه، وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة على ما يجيء بيانه إن شاء الله تعالى. والأصح أن الجد نوعان: صحيح وفاسد. فالفاسد من جملة ذوي الأرحام والصحيح له أحوال ثلاثة على ما نحو ما ذكرنا في الأب وحكمه حال عدم الأب في استحقاقه السهم والتعصيب حكم الأب وحكم الواحد السدس، وإذا كثر فالسدس بينهم بالسوية. الفاصل بين الجد الصحيح والفاسد أن الصحيح هو الذي لم يتخلل في نسبته إلى الميت أم، وإن تخلل في نسبه إلى الميت أم فهو فاسد، والجد الصحيح كالأب. واختلف مشايخنا في الفتوى في مسائل الجد فامتنع بعضهم من الفتوى أصلاً لكثرة الاختلاف الواقع فيما بين الصحابة، وأفتى بها الآخرون لكن اختلفوا فيما بينهم كان الشيخ الإمام السرخسي يفتي في مسائل الجد بقول أبي يوسف ومحمد، وبعض المتأخرين من مشايخنا اختار والفتوى بالصلح في مواضع الخلاف قالوا: كنا نفتي بالصلح في الأجير في مواضع الخلاف المشترك لاختلاف الصحابة واختلاف الصحابة هنا أظهر فكان الفتوى بالصلح هنا أحق. وقال الشيخ الإمام شمس الدين الحلواني: قال مشايخنا بأن الصواب في مسائل الجد أن يعطي الجد ما اتفقوا عليه ثم يقسم بين الجد وبين الإخوة والأخوات نصفين أمروا بالصلح. قال القاضي الإمام عماد الدين النسفي: لا ينبغي للمفتي أن يقول المال كله للجد عند الصديق وإنما قال أبو حنيفة بذلك تعظيماً لأمر الصديق. وأما أصول زيد رضي الله عنه فالأصل الأول أن يجعل الجد مع الإخوة والأخوات كأحدهم يقاسمهم ويقاسمونه ويزاحمهم ويزاحمونه ما دامت المقاسمة خيراً له من ثلث جميع المال كجد وأخ إذ لا ينقص من الثلث، فإن كان الثلث خيراً له من المقاسمة كجد وثلاثة إخوة يعطي الثلث ويقسم الباقي بينهم على فرائض الله تعالى.

....

الأصل الثاني أن يعتبر الإخوة والأخوات لأب مع الإخوة والأخوات لأب وأم في مقاسمه الجد حتى يظهر نصيب الجد إذا ظهر نصيبه وأعطى نصيبه رد أولاد الأب ما أخذوا على أولاد الأب والأم، وإن كانوا ذكوراً ومختلطين وخرجوا بغير شيء فقد اعتبرهم في الابتداء وأخرجهم في الانتهاء بيانه: جد وأخ لأب وأم وأخ لأب وإن كان مع الجد أخت لأب وأم وإخوة وأخوات لأب يقسم كما قلنا، ثم يرد الاخوة والأخوات لأب على الأخوات لأب وأم إلى تمام النصف، وعلى الأختين لأب وأم إلى تمام الثلثين، ثم إن فضل شيء يكون له وإلا فلا. وفي الذخيرة: فصل في مسائل يقوم الجد مقام الأب في حجب الأخوات لأب وأم أو لأب عند أبي حنيفة وهو قول أبي بكر الصديق وعبد الله بن عباس وأبي موسى الأشعري وطلحة وعليه الفتوى. وقال زيد: يقاسم الجد الإخوة والأخوات ما دامت المقاسمة خيراً له بأن كان لا ينقص نصيبه من الثلث وكأن يجعل الجد كأخ آخر وكأن يجعل نصيبه كنصيب الأخ، إن انتقص نصيبه من الثلث يعطيه ثلث المال وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وفي المضمرات: نفس المقاسمة أن يجعل الجد في المقاسمة كأحد الإخوة وبيانه في المسائل إذا ترك الرجل أختاً لأب وأم أو لأب وجداً فعلى قول أبي حنيفة المال كله للجد، وعلى قولهما المال بينهما على ثلاثة أسهم؛ سهمان للجد وسهم للأخت ويجعل الجد في هذه الصورة كأخ آخر لأن المقاسمة خير له فإذا جعلناه كأخ آخر نصيبه سهمان من ثلاثة فيجعل كذلك، وإن ترك ثلاث إخوة لأب وأم أو لأب وجداً يقسم المال بينهم أخماساً عندهم له سهمان من ثلاثة. وإن ترك ثلاث إخوة لأب وأم أو لأب وجداً فللجد الثلث ويجعل الجد كأخ فيقسم المال بينهم أخماساً سهمان للأخ وسهم للأخت ويجعل الجد كأخ آخر لأن المقاسمة خير له لأنا لو أعطيناه الثلث في هذه الحالة أعطيناه سهمين من ستة وسهمان من خمسة خير له من سهمين من ستة. ولو ترك جداً وأخوين لأب وأم وأختاً لأب وأم فهنا يعطي الجد ثلث المال لأن الثلث خير له لأن بالمقاسمة يحصل له سهمان من سبعة، فإذا جعلنا الجد كأخ آخر كان خيراً له. وإن ترك جداً وأخاً لأب وأم أو لأب وأختين لأب في هذه الصورة لا فرق بين المقاسمة وبين الثلث عندهما لأن بالمقاسمة يصير كأنه مات عن ثلاثة إخوة لأب وأم لأنا جعلنا الأختين أخاً وإذا كان كذلك يقسم المال بينهم أثلاثاً فيكون للجذ الثلث سهم من ثلاثة، ولو أعطيناه الثلث ابتداء كان على الحساب من ثلاثة للجد سهم من ثلاثة فهو معنى قولنا أنه لا فرق بين المقاسمة وبين الثلث هنا، والفتوى في هذ المسائل وما يتصل بها على قول أبي حنيفة. وفي الكافي: ولو ترك جداً وأخوين فالثلث ههنا والمقاسمة سواء، ولو ترك جداً وثلاثة أخوة فالثلث هنا خير من المقاسمة، ودليله في شرح الطحاوي. ولو مات وترك جداً وأخاً لأب وأم وأخاً لأب فإن الأخ من الأب لا يرث مع الأخ لأب وأم وجد فإن الأخ لأب يدخل مع الجد لأنه وارث

ومع الولد وولد الابن أو الاثنين من الأخوة والأخوات لا أولادهم السدس ومع الأب

في حق الجد وإن لم يكن وارثاً في حق الأخ لأب وأم فتكون المقاسمة والثلث سواء، فيعطي للجد الثلث والثلثان للأخوين لكل أخ ثلثه وهذا كما يقول في الأخوين مع الأب يرد الأم من الثلث إلى السدس ومع ذلك لا يرثان مع الأب. وذكر في المضمرات أن المسائل المتعلقة بالاخوة خمسة أحدها الشركة وهي أن تترك المرأة زوجها وأماً وجداً أو إخوة من أم وأخاً من أب وأم فللزوج النصف وللأم السدس ولولد الأم الثلث ولا شيء للأخ من الأب والأم وهذا قول أبي بكر الصديق رضي الله عنه، ويشترك أولاد الأب والأم مع أولاد الأم في الثلث كأنهم أولاد أم واحد سواء فيه الذكر والأنثى، وهذا قول عمر رضي الله عنه وبه أخذ مالك والشافعي، وكان عمر رضي الله عنه يقول أولاً كما يقول أبو بكر رضي الله عنه ثم رجع إلى قول غيره، وسبب رجوعه أنه سأل عن هذه المسألة فأجاب كما هو مذهبه فقام واحد من أولاد الأب فقال: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً ألسنا من أم واحدة والأب لا يزيد إلا قرباً فأطرق عمر رأسه متأملاً ثم رفع رأسه فقال: صدقواهم سواء أم واحدة فنشركهم في الثلث فسميت المسألة مشتركة لتشريك عمر، وحمارية لقول القائل. وأما المسألة المنبرية والثالثة الأكدرية والرابعة العثمانية وقد مرت. وأما الخامسة الخمرية وهي ثلاث أخوات متفرقات وثلاث جدات متحاذيات وجد هو أب الأب تحجب أم الأب بأب الأب وتحجب الأخت من الأم أيضاً والأخت من الأب تدخل في المقاسمة وتخرج بغير شيء على الخلاف، وتخرج المسألة من اثني عشر بعد القطع وإنما سميت حمزية لأن حمزة بن حبيب فعلها. وفي الذخيرة فصل في الحجب: يجب أن يعلم بأن الحجب على نوعين: حجب حرمان وحجب نقصان. فحجب الحرمان يرد على الكل إلا على ستة: الزوج والزوجة والأب والأم والبنت والابن. وحجب النقصان لا يرد إلا على ثلاثة: الزوج والزوجة والأم والحجب على نوعين: حجب نقصان وهو حجب عن سهم إلى سهم وذلك لخمس نفر: الزوجين والأم والجدة وبنت الابن والأخت لأب. وحجب حرمان والورثة فيه فريقان: فريق لا يحجبون بحال وهم ستة وهذا ينبني على أصلين: أحدهما أن كل من يدلي إلى الميت بشخص لا يرث مع وجود ذلك الشخص سوى أولاد الأم فإنهم يرثون معها لانعدام استحقاقها التركة، والثاني الأقرب فالأقرب كما في العصبات.

قال رحمه الله: **(وللأم الثلث)** وذلك عند عدم الولد ولد الابن لما تلونا وعند عدم الاثنين من الإخوة والأخوات على ما نبين. قال رحمه الله: **(ومع الولد وولد الابن أو الاثنين من الأخوة والأخوات لا أولادهم السدس)** يعني مع واحد من هؤلاء المذكورين لا ترث الثلث وإنما ترث السدس لما تلونا ولقوله تعالى ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾ [النساء:

واحد الزوجين ثلث الباقي بعد فرض أحدهما وللجدات وإن كثرن السدس إن لم يتخلل جد فاسد في نسبتها إلى الميت وذات جهة كذات جهتين والبعدى تحجب

١١] فاسم الولد في المتلو يتناول الولد وولد الابن على قول جمهور الصحابة، وروي عن ابن عباس أنه لا تحجب الأم من الثلث إلى السدس إلا بثلاثة منهم عملاً بظاهر الآية فإن الإخوة جمع وأقله ثلاثة. والجمهور على أن الجمع يطلق على المثنى قال الله تعالى ﴿وهل أتاك نبؤا الخصم إذ تسوروا المحراب إذا دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغي بعضنا على بعض﴾ [ص: ٢٢] فأعاد ضمير الجمع في «تسوروا» و «دخلوا» وفي «منهم» على المثنى الملكان اللذان دخلا عليه كما في محله عرف ومثل هذا كثير شائع في كلام العرب. قال رحمه الله: **(ومع الأب واحد الزوجين ثلث الباقي بعد فرض أحدهما)** فيكون لهما السدس مع الزوج والأب والربع مع الزوجة والأب لأنه هو الثلث الباقي بعد فرض أحدهما فصار للأم ثلاثة أحوال: ثلث الكل، وثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين، والسدس. وقد ذكرنا الكل بتوفيق الله تعالى ولذا جعل الله للأم ثلث ما ترثه هي والأب عند عدم الولد والإخوة لا ثلث الكل لقوله تعالى ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء: ١١] أي ثلث ما يرثانه والذي يرثانه مع أحد الزوجين هو الباقي من فرضه ولأنها لو أخذت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الأب مع الزوج أو قريباً من نصيبه مع الزوجة والنص يقتضي تفضيله عليها بالضعف إذا لم يوجد الولد والإخوة ولهذا قال ابن مسعود في الرد عليه: ما أراد الله تفضيل الأنثى على الذكر. وقال زيد: لا أفضل الأنثى على الذكر. ومرادهما عند الاستواء في القرابة والقرب، وأما عند الاختلاف فلا يمتنع تفضيل الأنثى على الذكر ولهذا لو كان مكان الأب جد كان للأم ثلث الجميع فلا يبالي بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه. وأما عند أبي يوسف لها ثلث الباقي أيضاً مع الجد وهو مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فإنهما ما كانا يفضلان الأم على الجد.

قال رحمه الله: **(وللجدات وإن كثرن السدس إن لم يتخلل جد فاسد في نسبتها إلى الميت)** قال في الأصل: والكلام في الجدات في مواضع في ترتيبهن ومعرفة الصحيحة من الفاسدة منهن وفي قدر ميراثهن وفيما يسقطن به؛ فالأول كل شخص له جدتان أم أم وأم أب ولأبيه وأمه كذلك وهكذا إلى كل واحد من الأصول إلى أن ينتهي إلى آدم وحواء عليهما السلام، فالصحيحة منهن من لا يتخلل في نسبتها إلى الميت ذكر بين انثيين، والفاسدة من تخلل في نسبتها ذكر وذلك جد فاسد، فمن يدلي به يكون فاسداً ذكراً كان أو أنثى، وعند سعد بن أبي وقاص الفاسدة من تدلي بذكر مطلقاً. وإذا أردت تنزيل كل عدد من الجدات الوارثات المتحاذيات فاذكر أولاً لفظة أم أم بمقدار العدد الذي تريده ثم نقول ثانياً أم أم وتجعل مكان الأم الأخيرة أباً ثم في كل مرة تبدل مكان الأم أباً على الأول إلى أن تبقى لفظة

....

أم مرة مثاله: إذا سألت عن أربع جدات وارثات متحاذيات فقيل أم أم أم بقدر عددهن لفظة أم مرة لإثبات الدرجة التي تتصور أن يجتمعن فيها فإنه لا يتصور أن يجتمعن فيها إلا إذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات فأربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن إلا في الدرجة الرابعة فتقول أم أم أم أربع مرات فهذه واحدة منهن وهي من جهة الأم ولا يتصور من جهتها وارث أكثر من واحدة، ثم يأتي بواحدة أخرى من جهة الأب في درجتها فتقول أم أم أب ثم تأتي بأخرى من جهة الجد فتقول أم أم أب الأب ثم تأتي أخرى من جهة جد الأب فتقول أم أب الأب ولا يتصور أن يجتمع الوارثات في هذه الدرجة أكثر من ذلك لأن لكل جد صحيح له أم وارثة وكذا أم أمه وإن علت ولا يتصور أن يكون جدة وارثة من كل أب إلا واحدة فيحتاج إلى أن يأتي من الآباء قدرهن عدداً إلا واحدة وهي التي من جهة الأم فإنها تدلي بذكر والثانية تدلي بالأب فلهذا حذفت في النسبة الثانية أما واحدة وأبدلت مكانها أباً والجدة الثالثة تدلي بالجد فلهذا أسقطت اثنين وأبدلت مكانهما أبوين، والرابعة تدلي بجد الأب فلهذا سقطت أمهات وأبدلت مكانهن ثلاثة أباء فهذه طريقة في أكثر منهن إلى ما لا يتناهى هذه معرفة الصحيحة. وإذا أردت أن تعرف ما يقابل الصحيحات من الفاسدات فخذ عدد الصحيحات واجعله في يمينك واطرح منه اثنين واجعلها بيسارك بعدد ما بقي في يمينك فالمبلغ عدد الجدات الصحيحات والفاسدات جميعاً فإذا سقطت منه عدد الصحيحات فالباقيات هي الفاسدات مثاله: إذا سألت عن أربع جدات صحيحات كم بإزائهن من الفاسدات فخذ أربعة يمينك واطرح منها اثنين فخذها يسارك، فإذا ضعفت هذا المطروح بعدد ما بقي في يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات أجمع في هذه الجدة، فإذا أسقطت عدد الصحيحات وهن أربع بقيت أربعة وهن الفاسدات وميراثهن السدس وإن كثرن يشتركن فيه لما روي عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قضى بين الجدتين إذا اجتمعتا بالسدس بالسوية، وأبو بكر الصديق رضي الله عنه أشرك بين الجدتين في السدس وسيذكر ما يسقطن به. وفي الظهيرية: فاعلم أنه لا بد لكل واحد من بني آدم سوى عيسى عليه السلام أن يكون له جدتان إحداهما من قبل الأم وهي أم الأم والأخرى من قبل الأب وهي أم الأب يجب أن يعلم بأن الجدات طبقتان: طبقة هي من جملة أصحاب الفرائض يعرفن بالثابتات، وطبقة وهي من جملة ذوي الأرحام يعرفن بالساقطات. فالحاصل إذا كان لميت أم الأب وأم أم الأم والأب حي فعند بعض المشايخ لا شيء لواحدة منهن لأن أم أم الأم تصير محجوبة بأم الأب وأم الأب تصير محجوبة بالأب، وعند بعض المشايخ ترث الجدة من قبل الأم وفريضة الواحدة منهن السدس بينهن بالسوية وهذا قول عامة الصحابة. وفي المضمرات: الجدة الواحدة والجدات فصاعداً السدس لا يزاد عليه إلا عند الرد ولا ينقص إلا عند العول. والجدات ست ثنتان لك، وثنتان لأمك، وثنتان لأبيك، والكل وارثات إلا واحدة وهي أم أب.

بالقربى والكل بالأم وللزوج النصف ومع الولد وولد الابن وإن سفل الربع وللزوجة

قال رحمه الله: **(وذات جهة كذات جهتين)** يعني الجدة إذا كانت من جهة واحدة والأخرى لها جهتان فهما سواء في الميراث. قال في الأصل: وإن كانت للميت جدة من جهة واحدة وجدة من جهتين أو ثلاث جهات قال أبو يوسف: لا عبرة لكثرة الجهات والسدس بينهن بالسوية. وقال محمد: لكثرة الجهات عبرة والسدس بينهن على عدد الجهات وصورتها من جهتين: امرأة زوجت ابنة ابنها من ابن ابنها فولد بينهما غلام فهذه المرأة لهذا الغلام جدة من جهتين فإنها أم أم هذا الغلام وأم أب أب هذا الغلام، فلو مات هذا الغلام وترك هذه الجدة وجدة أخرى من جهة الأب فهي أم أم أبيه. قال أبو يوسف: السدس بينهما بالسوية. وقال محمد: السدس بينهما أثلاثاً ثلثاه لذات الجهتين وثلثه لذات الجهة الواحدة وصورتها من الجهات الثلاثة هذه المرأة المزوجة زوجت بنت بنت بنت لأخرى من هذا الغلام المولود فولد بينهما غلام فإن هذه الزوجة لهذا الغلام المولود الثاني من ثلاث جهات من جهة هي أم أم أم أمه وهي من جهة هي أم أم أم أبيه ومن جهة أم أب أب أبيه، فلو مات هذا الغلام وترك هذه الجدة وجدة أخرى من قبل الأب وهي أم أم الأب فعلى قول أبي يوسف أن السدس بينهن بالسوية. وعلى قول محمد على أربعة أسهم ثلاثة أسهم للجدة هذه وسهم واحد للجدة الأخرى. قال رحمه الله: **(والبعدى تحجب بالقربى)** سواء كانا من جهة واحدة أو من جهتين، وسواء كانت القربى وارثة أو محجوبة بالأب أو بالجد. وفي رواية عن ابن مسعود لا تحجب الجدات إلا الأم، وفي رواية عنه وعن زيد بن ثابت أن القربى إذا كانت من جهة الأب لا تحجب البعدى من جهة الأم وبالعكس تحجب لأن الجدات يرثن بولادة الأبوين فوجب أن تعطى كل واحدة منهن حكم من تدلي به والأب لا يحجب الجدات من قبل الأم فكذا أمه والأم تحجب كل واحدة هي أبعد منها فكذا أمها. ولنا أن الجدات يرثن باعتبار الولاد فوجب أن يقدم الأدنى على العبدى كالأب الأدنى مع الأب الأبعد وليس كل حكم ثبت بواسطة يثبت لمن تدلى به ألا ترى أن أم الأم لا يزيد إرثها على السدس وتحجب بالأم والأب بخلاف ذلك. قال رحمه الله: **(والكل بالأم)** أي يحجب الجدات كلهن بالأم والمراد إذا كانت الأم وارثة وعليه الإجماع، والمعنى فيه أن الجدات إنما يرثن بطريق الولادة والأم أبلغ حالاً منهن في ذلك فلا يرثن معها، ولأنها أصل في قرابة الجدة التي من قبلها إلى الميت وتدلي بها فلا ترث مع وجودها لما عرف في باب الحجب، فإذا حجبت التي من قبلها كانت أولى أن تحجب التي من قبل الأب لأنها أضعف حالاً منها ولهذا تؤخر في الحضانة فتحجب بها. وكذا الأبويات منهن يحجبهن بالأب إذا كان وارثاً. روي عن عثمان وعلي والزبير وسعد وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبه أخذ جمهور العلماء، وروي عن عمر وابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي موسى الأشعري وأبي الطفيل عامر بن واثلة أنهم

الربع وللبنت النصف والأكثر الثلثان وعصبهما الابن وله مثل حظهما وولد الابن

جعلوا لها السدس مع الأب وبه أخذ طائفة من أهل العلم من التابعين لما روي أنه عليه الصلاة والسلام ورث جدة وابنها حي ولأنها ترث ميراث الأم فلا يحجبها الأب كما لا يحجب الأم وكما لا يحجب الجد، ولأنها ترث بطريق الفرض فلا تكون العصوبة حاجبة لها كما لا يحجبها عم الميت الذي هو ابنها. قلنا إن أم الأب تدلي بالأب فلا ترث مع وجوده كبنت الابن مع الابن ولا حجة لهم في الحديث لأنه حكاية حال فيحمل أن ذلك الأب كان عماً للميت لا أباً ولا نسلم أنها ترث ميراث الأم بل ميراث الأب لأن له السدس فرضاً فترث ذلك عند عدمه، ولئن كان ميراث الأم لا يلزم منه عدم الحجب بغيره ألا ترى أن بنات الابن يرثن ومع هذا يحجبن بالأبوين، وكذا الجد يحجب أبويه لما ذكرنا إلا أم الأب فإنها لا يحجبها وإن علت لأن إرثها ليس من قبله وكذا كل جدة لا تحجب الجدة التي ليست من قبلها فصارت الجدة لها حالتان: السدس والسقوط.

قال رحمه الله: **(وللزوج النصف ومع الولد وولد الابن وإن سفل الربع)** لقوله تعالى ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن﴾ [النساء: ١٢] فيستحق كل زوج إما النصف وإما الربع مما تركت المرأة لأنها مقابلة الجمع بالجمع يقتضي مقابلة الفرد بالفرد كقولهم ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم، ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنصف أو بالإجماع على ما بينا من قبل، سواء كان من الزوج الوارث الولد أو ولد الولد أو من زوج غيره أو لا يعرف له أب كولد اللعان وغيره فيكون له الربع معه فصار للزوج حالتان: النصف الربع. وفي شرح الطحاوي: فرض الزوج ما ذكرنا ولا يزاد على النصف ولا ينقص من الربع إلا في حالة العول. قال محمد: والواحد من الأزواج والجماعة في استحقاقهم سهم الأزواج على السواء حتى إن جماعة لو ادعوا نكاح امرأة ولم تكن المرأة في بيت واحد منهم ولا دخل بها واحد منهم لا يعرف أنهم أول فأقام كل واحد منهم البينة على نكاحها فماتت المراة قبل أن يقضي القاضي بميراث غير زوج واحد ويكون بينهم بالسوية ذكر محمد المرأة في كتاب النكاح ووضعها في الرجلين. قال رحمه الله: **(وللزوجة الربع)** أي للزوجة نصف ما للزوج فيكون لها الربع حيث لا ولد ومع الولد أو ولد الابن وإن سفل الثمن لقوله تعالى ﴿ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم﴾ [النساء: ١٢] وإذا كثرن وقعت المزاحمة بينهن فيصرف عليهم جميعاً على السواء لعدم الأولوية فصار للزوجات حالتان: الربع بلا ولد والثمن مع الولد. وفي شرح الطحاوي: لا يزدن على الربع ولا ينقص عن الثمن إلا في حالة العول هكذا حكم بيان أصحاب الفرائض من النساء الزوجات. قال رحمه الله: **(وللبنت النصف)** لقوله تعالى ﴿وإن كانت واحدة فلها النصف﴾ [النساء: ١١] قال رحمه

كولده عند عدمه ويحجب بالابن ومع البنت لأقرب الذكور الباقي وللإناث السدس

الله: **(والأكثر الثلثان)** وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ علماء الأمصار. وعن ابن عباس أنه جعل حكم الثنتين منهن حكم الواحدة فجعل لهما النصف لقوله تعالى ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك﴾ [النساء: ١١] علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء وهو جمع، وصرح بقوله «فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك» والمعلق بشرط لا يثبت بدونه ولأن الله تعالى جعل للبنتين النصف مع الابن وهو يستحق النصف وحظ الذكر مثل حظ الأنثيين فعلم بذلك أن حظ البنتين النصف عند الإنفراد. وللجمهور ما روي عن جابر أنه قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ بابنتيها من سعد فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً ولا ينكحان إلا بمال فقال: يقضي الله في ذلك فنزلت آية الميراث، فأرسل رسول الله ﷺ إلى عمهما فقال: أعط بنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك. وما تلي لا ينافي استحقاق البنتين الثلثين لأن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف في موضعه فعرفنا حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة، ولأن الجمع قد يراد به التثنية لا سيما في الميراث على ما بينا من قبل فيكون المثنى مراداً بالآية وهو الظاهر ألا ترى أن الله تعالى لما بين حكم الجمع والمثنى جعل حكمهما كحكم الجمع في الأخوات لأب وأم أو لأب أو لأم في استحقاق الثلثين أو الثلث. وقوله «أن البنتين يستحقان النصف مع الابن» قلنا استحقاقهما ذلك عند الاجتماع لا يدل على استحقاقها إياه عند الانفراد والواحدة تأخذ الثلث مع الابن عند الانفراد. قال رحمه الله: **(وعصبهما الابن وله مثل حظهما)** معناه إذا اختلط البنون والبنات عصب البنات فيكون للابن مثل حظهما فصار للبنات ثلاثة أحوال: النصف للواحدة، والثلثان للاثنين فصاعداً، والتعصيب عند الاختلاط بالذكور. قال رحمه الله: **(وولد الابن كولده عند عدمه)** أي عند عدم الابن حتى يكون ينو الابن عصبة كالبنتين وبنات الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف والبنتين فصاعداً الثلثان فيعصبهن الذكر عند اختلاطهن بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين. قال رحمه الله: **(ويحجب بالابن)** أي ولد الابن يحجب بالابن ذكورهم وأناثهم فيه سواء لأن الابن أقرب وهم عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة، وكذا بالفرض لأن بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع الابن، وإن كن لا يدلين به فإن كان عمهن فهو مساوٍ لأصلهن فيحجبهن كما يحجب أولاده لأن ما ثبت لأحد المثلين ثبت لمساويه ضرورة. قال رحمه الله: **(ومع البنت لأقرب الذكور الباقي)** أي إذا كان مع بنت الميت الأصلية أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وإن سفل أو المجموع كان الباقي بعد فرض البنت الصلبية لأقرب الذكور منهم لأنه عصبة فيحجب الأبعد. وأطلق في الذكور والمراد أولاد الابن وهذا

تكلمة للثلثين وحجبن ببنتين إلا أن يكون معهن أو أسفل منهن ذكر فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم ويسقط من دونه والأخوات لأب وأم

المجموع إنما يستقيم إذا لم تكن في درجته بنت ابن، وأما إذا كانت في درجته بنت ابن فلا يكون الباقي من فرض البنت له واحدة اهـ. قال رحمه الله: **(وللإناث السدس تكلمة للثلثين)** ومراده إذا لم يكن في درجتهن ابن ابن، وأما إذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه فلا يرثن السدس وإنما كان لهن السدس عند انفرادهن لقول ابن مسعود في بنت وبنت ابن وأخت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكلمة للثلثين والباقي للأخت. فبنات الابن لهن حالان: سهم وتعصيب إذا لم يكن للميت ابن ولا ابنتان فصاعداً ولا ابن ابن فهي صاحبة سهم وسهم الواحدة النصف والثنتين فصاعداً فهن صاحبات الثلثان حيث لا ذكر في درجتهن ولا يزدن على الثلثين وإن كثرن، هذا قول الصحابة رضي الله عنهم وعامة الفقهاء. وإن كان للميت ابنتان فلا شيء لبنت الابن إلا أن يكون في درجتها أو أسفل منها ابن ابن فتصير عصبة له ويقسم ما بقي من المال بعد نصيب الابنتين بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين. فقوله «تكلمة الثلثين» دليل على أنهن يدخلن في لفظ الأولاد لأن الله تعالى جعل للأولاد الإناث الثلثين، فإذا أخذت الصلبية النصف بقي منه السدس فيعطى لها تكلمة لذلك فلو لا أنهن دخلن في الأولاد وفرضهن واحد لما صار تكلمة له إلا أن الصلبية أقرب إلى الميت فيتقدم عليهن بالنصف ودخولهن على أنه عموم المجاز أو بالإجماع. قال رحمه الله: **(وحجبن ببنتين)** أي يحجب بنات الابن ببنتين صلبيتين لأن إرثهن كان تكلمة للثلثين وقد كمل بثلثين فسقطن إذ لا طريق لتوريثهن فرضاً وتعصيباً.

قال رحمه الله: **(إلا أن يكون معهن أو أسفل منهن ذكر فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم ويسقط من دونه)** أراد بقوله «معهن» أن يكون الغلام في درجتهن سواء كان أخاً لهن أو لم يكن وهذا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وبه أخذ عامة العلماء، وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: ليسقطن بنات الابن ببنتي الصلب وإن كان معهن غلام ولا يقاسمهن، وإن كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن أسوأ الحالين بين السدس والمقاسمة فأيهما أقل أعطين وتسمى هذه المسائل الإضرار على قول ابن مسعود، وحجته في ذلك أن بنات الابن بنات وفي ميراثهن أحد أمرين إما الفرض أو المقاسمة وفرضهن الثلثان والمقاسمة ظاهرة، وليس لهن أن يجمعن فإذا استكلمت البنات الثلثين فلو قاسمن لزم الجمع بينهما فلا يجوز. وإذا كانت الصلبية واحدة أخذت النصف وبقي من فرض البنات السدس فيأخذونه إن كن منفردات، وإن كن مختلطات مع الذكور كان لهن أقل الأمرين من السدس والمقاسمة للتيقن به ولئلا تأخذ البنات

. . . .

أكثر من الثلثين ولا ميراث لهن مع الصلبيتين عند الانفراد فكذا عند الاجتماع كالعمة مع العلم وابن الأخ مع أخته. وللجمهور قوله تعالى ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١١] وأولاد الابن أولاد على ما بينا من قبل فتشملهن الآية. وقضية هذا أن يكون المال مقسوماً بين الكل إلا أنا علمنا في حق أولاد الابن بأول الآية وفي حق الصلبيتين أو الصلبية الواحدة بما بعدها وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولا شبهة وإنما هو عمل بمقتضى كل لفظ على حدة ومن حيث المعنى أن البنات الصلبيات ذوات فرض وبنات الابن في هذه الحالة عصبات مع أخيهن وصاحب الفرض إذا أخذ فرضه خرج من البين فكأنه لم يكن فصار الباقي في الفرض لجميع المال في حق العصبة فتشاركه ولا يخرجن من العصوبة كما لو انفرد ألا ترى أن صاحب الفرض لو كان غير البنات كالأبوين وأحد الزوجين كان كذلك فكذا مع البنات بخلاف العمة مع العم وبنات الأخ مع أخيها لأنهن يصرن عصبة معهما مطلقاً سواء كان معهن صاحب فرض أو لم يكن فلا يلزم من انتفاء العصوبة في محل لا يقبلها انتفاؤها في محل يقبلها، وأخذهن زيادة على الثلثين ليس بمحظور ألا ترى أنهن يأخذن بالمقاسمة عند كثرتهن بأن ترك أربعين بنتاً، ثم الأصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب أن أقربهن إلى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتي تليها في القرب منزلة بنات الابن وهكذا يفعل وإن سفلن مثاله: ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض بهذه الصورة:

ابن	ابن	ابن
ابن	ابن	ابن
بنت ابن	بنت ابن	ابن ابن
بنت ابن	بنت ابن	بنت ابن
	بنت ابن	بنت
		بنت ابن

فالعليا من الفريق الأول لا يوازيها أحد فيكون لها النصف، والوسطى من الفريق الأول يوازيها من العليا من الفريق الثاني فيكون لها السدس تكلمة للثلثين، ولا شيء للسفليات إلا أن يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذاها ومن فوقها ممن لم تكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى في الفريق الأول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث وسقطت السفليات. ولو كان الغلام من السفليات من الفريق الثاني عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث عصب الجميع غير أصحاب الفرائض والمعنى ما ذكرنا أن العليا تنزل منزلة البنت والباقي منازل بنات الابن. ولو كان الابن مع العليا من الفريق الأول عصب أخته وسقطت البواقي كما ذكرنا في الأولاد. وهذا النوع منه من مسائل تسمى في عرف الفرضيين تشبيب بنات الابن إذ ذكرن مع اختلاف الدرجات وهو إما

كبنات الصلب عند عدمهن وللأب كبنات الابن مع الصلبيات وعصبهن اخوتهن

مشتق من قولهم تشبب فلان بفلانة إذا أكثر من ذكرها في شعره، وتشبب القصيدة بحسنها ويرتبها بذكر البناء أو من شبب النار إذا أوقدها فالفرس تشب شباً إذا رفع يديه جميعاً وأشببه أنا إذا نصحته بذلك لأنه خروج وإيقاع يقال أشب النار من درجة إلى آخر كحال الفرس في تراويه أي وشبابته فصار لبنات الابن أحوال ست: الثلاثة المذكورة في البنات والسدس مع الصلبية والسقوط بالابن وبالصلبيتين إلا أن يكون معهم غلام. قال رحمه الله: **(والأخوات لأب وأم كبنات الصلب عند عدمهن)** أي عند عدم البنات وبنات الابن حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين الثلثان ومع الإخوة لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى ﴿قل الله يفتيكم في الكلالة إن أمرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وإن كانوا اخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١٧٦] وقد ذكرنا أن الأخت لأب وأم حالين سهم وتعصيب إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ابن وإن سفل ولا جد أب الأب وإن علا والأخوات لأب وأم سهم الواحدة النصف وسهم الأثنين فصاعداً الثلثان ولا يزاد على الثلثين وإن كثرن، فإن كان له جد أب الأب فالجد عند أبي حنيفة يحجب الأخوات كلها كالأب، وعندهما لا تحجب. وإن كان الميت ابن أو ابنة ابن فالأخت في هذه الحالة عصبة تأخذ النصف بنت الابن فرضها النصف فتصير عصبة مع البنت ومع بنت الابن، وكذلك إذا كان معها في درجتها أخ ذكر للأب وأم يصير عصبة. وفي الكافي: ومع الأخ لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين والأخت لأب كأولاد الابن مع الصلبية بالإجماع للواحدة النصف وللأكثر الثلثان عند عدم الإخوة لأب وأم ولهن السدس مع الأخت لأب وأم تكلمة الثلثين ولهن الباقي مع البنات أو مع بنات الابن. وفي الظهيرية: والتشبب في ميراث الإخوة والأخوات رجل مات وترك ثلاثة إخوة متفرقين بأن مات وخلف أخوين لأب وأم وأربعة أخوة لأب وأربعة أخوة لأم فللإخوة لأم الثلث والباقي للإخوة لأب وأم ولا شيء للإخوة للأب. ولو ترك أختين لأب وأم وأربع أخوات لأب وأربع أخوة وأربع أخوات لأم على التخريج الذي بينا فيكون الثلثان بين الإخوة والأخوات لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين. وإذا مات الرجل وترك ابنة أو أختاً لأب وأم فللابنة النصف والباقي للأخت من قبل الأب والأم بالعصوبة، وإذا ماتت المرأة وتركت زوجها وأختاً لأب وأم فللزوج النصف وللأخت النصف بالفريضة، ولو كانتا أختين فلهما الثلثان ويعول الحساب ولا يكون لهما الباقي لأن الأخت لا تصير عصبة إلا في ثلاث مواضع: أحدها الأخوات مع البنات عصبات، والثاني إذا خالط الإناث ذكر صرن عصبة، والثالث الأخ مع الأم والأب والجد حال عدم الأب.

قال رحمه الله: **(وللأب كبنات الابن مع الصلبيات)** حتى يكون للواحدة من الأخوات لأب النصف عند عدم الأخوات لأب وأم وللبنتين الثلثان فصاعداً ومع الإخوة للأب للذكر

والبنت وبنت الابن وللواحد من ولد الأم السدس وللأكثر الثلث ذكورهم واناثهم

مثل حظ الأنثيين، ومع الأخت الوحدة لأب وأم السدس تكملة للثلثين لها ويسقطن بالأختين لأب وأم إلا أن يكون معهن آخر لأب فيعصبهن لما تلونا وبينا، ويأتي فيهن خلاف ابن مسعود رضي الله عنه في مقاسمة الإخوة بعد فرض الأختين لأب وأم. والكلام في الأخوات كالكلام في البنات والنص الوارد فيهن كالنص الوارد في البنات فاستغنينا عن البحث فيهن بالبحث في البنات لأن طريق البحث فيهما واحد. قال رحمه الله: **(وعصبهن اخوتهن)** يعني يعصب الأخوات لأب وأم أو لأب إخوتهن يعني الموازي لهن والإخوة ليس بقيد، وكذا يعصبهن الجد عند عدم الأخ الموازي لهن فيقاسمها الجد. وفي كشف الغوامض: ولا يعصبهن الشقيقة الأخ لأب إجماعاً لأنها أقوى منه في النسب بل تأخذ فرضها ولا يعصب الأخت لأب أخ شقيق بل يحجبها لأنه أقوى منها إجماعاً اهـ. دليله قوله تعالى ﴿وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء﴾ [النساء: ١٧٦] الآية. قال رحمه الله: **(والبنت وبنت الابن)** يعني يعصب الأخوات البنت وبنت الابن لقوله عليه الصلاة والسلام «اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة» وورث معاذ رضي الله عنه البنت النصف والأخت النصف ورسول الله ﷺ حي يومئذ.، وروي أنه ﷺ قضى في ابنة وابنة ابن وأخت للبنت النصف ولابنة الابن السدس والباقي للأخت، وجعل المصنف البنت ممن يعصب الأخوات وهو مجاز، وفي الحقيقة لا تعصبهن وإنما يصرن عصبة معها لأن البنت بنفسها ليست بعصبة في هذه الحالة فكيف تعصب غيرها بخلاف الإخوة على ما يجيء عن قريب، وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم. وروي عن ابن عباس أنه أسقط الأخوات بالنت واختلفت الرواية عنه في الإخوة والأخوات في رواية عنه الباقي كله للإخوة، وفي رواية الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، قيل هو الصحيح من مذهبه. وكذلك لو كان مع البنت أخت لأب وأم وأخ وأخت لأب في رواية الباقي للأخ وحده، وفي رواية عنه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. هو احتج بقوله تعالى ﴿إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك﴾ [النساء: ١٧٦] فإرثها مشروط بعدم الولد واسم الولد يشمل الذكر والأنثى، ألا ترى أن الله تعالى حجب الزوج من النصف إلى الربع، والزوجة من الربع إلى الثمن بالولد، والأم من الثلث إلى السدس واستوى فيه الذكر والأنثى. وللجمهور ما روينا واشترط عدم الولد فيما تلا إنما كان لإرثها النصف أو الثلثين بطريق الفرض ونحن نقول: إنها لا ترث مع البنت فرضاً وإنما ترث على أنها عصبة، ويحتمل أن يراد بالولد هنا الذكر وقد قامت الدلالة على ذلك وهو قوله «وهو يرثها إن لم يكن لها ولد» يعني أخاها يرثها إن لم يكن لها ولد ذكر لأن الأمة اجتمعت على أن الأخ يرث تعصيباً مع الأنثى من الأولاد أو نقول: اشتراط عدم الولد إنما كان لإرث الأخ جميع مالها وذلك يمتنع بالولد وإن كان أنثى.

قال رحمه الله: **(وللواحد من ولد الأم السدس وللأكثر الثلث ذكورهم وأناثهم سواء)**

سواء وحجبن بالابن وابنه وإن سفل وبالأب وبالجد والبنت تحجب ولد الأم فقط

كقوله تعالى ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾[النساء: ١٢] والمراد به أولاد الأم لأن أولاد الأم والأب مذكورون في آية النصف على ما ذكرنا من قبل ولهذا قرأها بعضهم «وله أخ أو أخت لأم» وإطلاق الشركة يقتضي المساواة كما إذا قال شريكي فلان في هذا المال أو قال له شركة لأن الله تعالى سوى بينهما حالة الانفراد فدل ذلك على استوائهما على حالة الاجتماع. وفي المضمرات: ولو ترك ابني عم أحدهما أخ لأم فله السدس والباقي بينهما وصورته أن يكونوا إخوة لأم و«أب أو لأب فقط ولكل منهما امرأة وابن منها ثم إن الأكبر طلق امرأته أو مات عنها فتزوج بها الأصغر فولدت له ابنين ثم مات الأصغر والأكبر ثم مات ابن الأكبر فقد مات عن ابني عم أحدهما أخ لأم فأصل المسألة من ستة وتصح من اثني عشرة، وللأخ من الأم سبعة سهمان فرض وخمسة بالتعصيب. قال رحمه الله: **(وحجبن بالابن وابنه وإن سفل وبالأب وبالجد)** أي الأخوات كلهن يحجبن بهؤلاء المذكورين وهم الابن وابن الابن وإن سفل، والأب والجد وإن علا، وكذا الإخوة يحجبون بهم لأن ميراثهم مشروط بالكلالة. واختلفوا في الكلالة هل هي صفة للميت أو للورثة أو للتركة وقرئ «يورث» بكسر الراء وفتحها وأياماً كان يشترط لتسميته به عدم الوالد والولد للميت فيسقطون بهم. والكلالة مشتقة من الإحاطة ومنه الإكليل لاحاطته بالرأس وكذا الكلالة من أحاط بالشخص من الإخوة الأخوات فقيل أصلها من البعد يقال كلت الرحم بين فلان وفلان إذا تباعدت، ويقال حمل فلان على فلان ثم كل عنه أي تركه وبعد عنه وغيره قرابة الولاء بعيدة بالنسبة إلى الولاد. قال الفرزدق في شعر:

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة … عن أبي مناف عبد شمس وهاشم

قال رحمه الله: **(والبنت تحجب ولد الأم فقط)** يعني البنت تحجب الإخوة والأخوات من الأم ولا تحجب الإخوة والأخوات من الأبوين أو من الأب لأن شرط إرث ولد الأم الكلالة ولا كلالة مع الولد والبنت ولد فتحجبهم، وكذا بنت الابن لأن ولد الابن يقوم مقامه. فإن قيل: وجب أن لا ترث الإخوة والأخوات لأب وأم أو لأب فقط مع البنت وبنت الابن لأن شرط إرثهم الكلالة. قلنا: الكلالة شيء شرطت في حق ارثهن النصف أو الثلثين ولا ترث الكل بالعصوبة، فإذا انتفت الكلالة انتفى هذا الإرث المشروط بها فيستحقون الإرث المشروط بالعصوبة مع البنت بنص آخر كما بينا بخلاف أولاد الأم فإن جميع إرثهم مشروط بالكلالة فينتفي بعدمها فصار للإخوة لأب وأم خمس حالات: النصف للواحدة والثلثان للأكثر والتعصيب بأخيهن والتعصيب مع البنات والسقوط مع الابن. وللأخوات للأب سبعة أحوال: الخمسة المذكورة، والسدس مع الأخت الواحدة من الأب والأم والسقوط باثنتين من الأخوات من الأبوين كما تقدم. وللأخوات للأم ثلاثة أحوال: السدس للواحدة والثلث للأكثر

وعصبه أي من يأخذ الكل والاحق الابن ثم ابنه وإن سفل ثم الأب ثم أب الأب وإن

والسقوط كما ذكرنا. قال رحمه الله: **(وعصبه)** وهي معطوف على قوله في أول الكتاب «ذو فرض» فيكون معطوفاً على الخبر فيكون خبراً. قال رحمه الله: **(أي من يأخذ الكل)** أي إذا انفرد وما أبقته أصحاب الفروض وهذا رسم وليس بحد لأنه لا بد أن يعرف الورثة كلهم ولا يعرف العصبة إلا بعد أن يعرفهم كلهم فنقول: العصبة نوعان: عصبة بالنسب وعصبة بالسبب. فالعصبة بالنسب ثلاثة أنواع: عصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى، وعصبة بغيره وهل كل أنثى فرضها النصف أو الثلثان يصرن عصبة بأخواتهن كما تقدم، وعصبة مع غيره وهي كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالبنات مع الأخوات. والسبب نوعان: مولى العتاقة ومولى الموالاة وسيأتي بيانه. وفي المضمرات: والعصبة أربعة أصناف: عصبة بنفسه وهو جزء الميت وأصله وجزء أبيه وجزء جده الأقرب، وعصبة بغيره وهي كل أنثى تصير عصبة بذكر يوازيها كالبنت مع الابن. وفي الذخيرة: وبنت الابن مع ابن الابن وكالأخت لأب وأم مع الأخ لأب وأم. وعصبة مع غيره وهي كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالأخوات لأب وأم أو لأب مع البنات وبنات الابن، وإذا صار الشخص عصبة بغيره فذلك الغير لا يكون عصبة. فأما الكلام في العصبة بنفسها فنقول: أولى العصبات بالميراث الابن ثم ابن الابن وإن سفل ثم الأب. وفي المضمرات: وإنما كان الابن أقرب من الأب وإن استويا في الجزئية وفي انعدام الواسطة لأن الجزئية للابن آخرهما أو كان قاضياً على الأول ثم الجد أب الأب وإن علا ثم الأخ لأب وأم ثم لأب وابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب ثم بنوهما وإن علوا على هذا الترتيب ثم مولى العتاقة. وفي شرح الطحاوي: ثم عم الجد لأب وأم ثم عم الجد لأب وكذلك أولادهم على هذا الترتيب، ثم مولى العتاقة ثم آخر العصوبة مقدم على ذوي الأرحام. وفي الكافي: الأحق فرع الميت أي البنون ثم بنوهم وإن سفلوا. وفي المضمرات: ولو أردت معرفة القرب فاعتبر كل نوع أصل واتصال الأخ بأخيه بواسطة واحدة واتصال العمومة بواسطتين عرفنا أن الأخ أقرب من العم، وأما الكلام في العصبة بغيرها فصورتها ما ذكرنا وهو كل أنثى تصير عصبة بذكر كبنت الابن مع ابن الابن وكالأخت لأب وأم أو لأب مع أخيها. وهذا الحكم في الإخوة مع الأخوات مقصور على أخوات من جملة أصحاب الفروض وتصير عصبة بذكر يوازيها. وفي الكافي: وأما العصبة بغيره فأربع من النسوة وهن اللاتي فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبة بأخوتهن ومن لا فرض لها من الإناث وأخوها عصبة لا تصير عصبة بأخيها كالعم والعمة فالمال كله للعم دون العمة وابن العم المال لابن العم دون الابنة وكبنت الأخت وابن الأخ المال كله لابن الأخ بيانه: إذا هلك الرجل وترك ابن أخ لأب وأم وبنت الأخ لأب وأم فالمال كله لابن الأخ ولا شيء لبنت الأخ لأنها من جملة ذوي الأرحام وليست من جملة أصحاب الفرائض

....

فلم تصر عصبة، وأما بنت الابن فإنها تصير عصبة بذكر يوازيها. وفي الذخيرة: على كل حال يوازيها وتصير عصبة بذكر أسفل منها إذا لم يصل إليها فرضها، وأما الكلام في العصبة مع غيره فصورتها كما ذكرنا وبيان ذلك من المسائل إذا هلك الرجل وترك بنتاً وأختاً لأب وأم أو لأب وأخاً كذلك فللبنت النصف والباقي بين الأخ والأخت أثلاثاً وقد قدمناه. إذا اجتمعت العصبات وبعضها عصبة بنفسها وبعضها عصبة بغيرها وبعضها عصبة مع غيرها فالترجيح منها بالقرب إلى الميت بيانه: إذا مات وترك بنتاً وأختاً لأب وأم وابن الأخ لأب فنصف المال للبنت والنصف للأخت ولا شيء لابن الأخ لأن الأخت عصبة مع البنت وهي إلى الميت أقرب من ابن الأخ، وكذلك إذا كان مكان ابن الأخ عم طريقه ما قلنا في الناسخ. وإذا استوى ابنان في درجة من العصبات وفي أحدهما قرابة زائدة فهي أولى إلا أن يكون الأخ أقرب إلى الميت مثال القرابة الزائدة أخ لأب وأم وأخ لأب فالأخ من الأب وأم أولى. ومثال السبق أخر لأب وابن أخ لأب وأم فالأخ أولى لأنه أسبق إلى الميت، وإذا اجتمع عدد من العصبات فالمال بينهم على عدد رؤوسهم لا على الجهات مثاله: عشر ابن أخ وابن آخر فالمال بينهم على أحد عشر سهماً لا على سهمين هذا الذي ذكرناه كله في العصبة من جهة النسب.

قال رحمه الله: **(والاحق الابن ثم ابنه وإن سفل)** وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين﴾ إلى أن قال سبحانه وتعالى ﴿ولأبويه لكل واحد منهم السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء: ١١] فجعل الأب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهماً مقرراً فتعين الباقي له فدل أن الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة. وابن الابن ابن وإن سفل كالابن على ما بينا لأنه يقوم مقامه فيقدم عليه أيضاً، ومن حيث المعقول إن الإنسان يؤثر ولده على والده ويختار صرف ماله له ولأجله يدخر ماله عادة إلا أنا صرفنا مقدار الفرض إلى أصحاب الفروض بالنص فيبقى الباقي على قضية الدليل وكان ينبغي أن يقدم البنت أيضاً عليه وعلى كل عصبة إلا أن الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقي لأولى رجل. قال رحمه الله: **(ثم الأب ثم أب الأب وإن علا)** أي ثم أولادهم بالعصوبة أصول الميت وإن علوا وأولاهم به الأب لأن الله تعالى شرط الإرث للإخوة بالكلالة وهو الذي لا ولد له ولا والد على ما بينا فعلم بذلك أنهم لا يرثون مع الأب ضرورة وعليه إجماع الأمة، فإذا كان ذلك مع الإخوة وهم أقرب الناس إليه بعد فروعه وأصوله فما ظنك بمن هو أبعد منه كأعمامهم وأعمام أبيه والجدات ألا ترى أنه يقوم مقامه في الولاية عند عدم الأب ويقدم على الإخوة فيه فكذا في الميراث وهو قول أبي بكر الصديق وابن عباس وعائشة وأبي موسى الأشعري وأبي الدرداء وأبي الطفيل وابن الزبير ومعاذ بن جبل وجابر بن عبد الله وجماعة آخرين منهم رضي الله عنهم وبه أخذ أبو حنيفة. قال رحمه

علا ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب ثم الأعمام ثم أعمام الأب ثم أعمام الجد على الترتيب ثم المعتق ثم عصبته على الترتيب

الله: **(ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب)** وإنما قدموا على الأعمام لأن الله تعالى جعل الإرث في الكلالة للإخوة عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى ﴿وهو يرثها إن لم يكن لها ولد﴾ [النساء: ١٧٦] فعلم بذلك أنهم يقدمون على الأعمام لأنهم جزء الجد، وإنما قدم الأخ لأب وأم لأنه أقوى نسباً من الجانبين فكان ذا قرابتين بني العلات وكذا الأخت لأم وأب تقدم إذا صارت عصبة على الأخت لأب لما ذكرنا ولهذا يقدم في الفرض فكذا في العصوبة. قال رحمه الله: **(ثم الأعمام ثم أعمام الأب ثم أعمام الجد على الترتيب)** أي أولاهم بالميراث بعد الإخوة أعمام الميت لأنهم بعد ذلك جزء الجد فكانوا أقرب وقد قال ﷺ «الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلا أولى رجل» ثم أعمام الأب لأنهم أقرب بعد ذلك لأنهم جزء الجد ثم أعمام الجد لأنهم أقرب بعدهم. وقوله «على الترتيب» أي على الترتيب الذي ذكرنا في الإخوة وهو أن يقدم العم لأب وأم على العم ثم العم لأب على ولد العم لأب وأم، وكذا يعمل في أعمام الأب يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء في الدرجة وعند التفاوت في الدرجة يقدم الأعلى. قال رحمه الله: **(ثم المعتق)** لقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لحمة كلحمة النسب» وهو آخر العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أعتق عبداً مات ولم يدع وارثاً كنت عصبة له. قال في التعصيب من جهة النسب فهو نوعان: مولى العتاقه ومولى الموالاة. أما الكلام في مولى العتاقة فنقول: تكلم المشايخ في سبب استحقاقه الإرث قال بعضهم شبيه الإعتاق والنص يشهد له قال عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق» وقال بعضهم: شبيه الملك على المعتق وهو الصحيح ألا ترى أن من ورث قريبه حتى عتق عليه وكان ولاؤه له ولا إعتاق ههنا. وفي المضمرات: لا يباع الولاء ولا يوهب لأنه ليس بمال. وفي الزيادات: ومن الناس من أجاز هبته والصحيح ما قلنا ويكون لأقرب الناس عصبة من المعتق حتى لو مات مولى العتاقة وترك ابنه وبنته ثم المعتق فميراثه لابن المعتق ولا شيء لبنت المعتق، وكذلك إذا مات مولى العتاقة وترك أباً وابناً ثم مات المعتق كان ميراثه لابن المعتق ولا شيء لأبيه لأن الابن أقرب العصبات إليه. فالحاصل أن الولاء نفسه لا يورث بل هو للمعتق على حاله ألا ترى أن المعتق ينسب بالولاء إلى المعتق دون أولاده فيكون استحقاق الإرث بالولاء لمن هو منسوب إليه حقيقة ثم يخلفه فيه أقرب عصبة كما يخلف في ماله فينظر إلى موت المعتق إذ مولى العتاقة لو كان حياً في هذه الحالة ومات من يرثه من عصباته وهو أقرب الناس إليه فيرث ذلك الشخص من المعتق. وفي الذخيرة: وهذا الذي ذكرنا أن الولاء لا يورث ظاهر الرواية عن أصحابنا، وعن أبي يوسف أنه يورث ويقسم بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الأنثيين، وهكذا روي عن عبد الله بن مسعود في رواية وبه

. . . .

أخذ ابراهيم النخعي وشريح القاضي. وإذا مات المعتق ولم يترك إلا بنت المعتق فلا شيء لها في ظاهر الرواية عن أصحابنا ويكون الميراث لبيت المال وحكي عن بعض مشايخنا أنهم كانوا يفتون في هذه المسألة أن يدفع المال إليها لا بطريق الإرث ولكن لأنها أقرب إلى الميت من بيت المال كيف وأنه ليس في زماننا بيت المال، وإنما كان كذلك في زمن الصحابة. وإذا دفع ذلك إلى سلطان الوقت أو القاضي لا يصرفون إلى مصرفه هكذا كان يفتي القاضي أبو بكر وصدر الشريعة. وذكر الإمام عبد الواحد الشهيد في فرائضه أن الفاضل عن سهام الزوج والزوجة لا يوضع في بيت المال بل يدفع إليهما لأنهما أقرب إلى الميت من جهة النسب وكان الدفع إليهما أولى من غيرهما، وكذلك الابن والابنة من الرضاع إذا لم يكن للميت غيرهما يدفع المال إليهما وعصبة المعتق ترث أما عصبة الورثة لا يرث مثاله: امرأة أعتقت عبداً وماتت وتركت ابناً وزوجاً ثم مات المعتق فالميراث لابن المعتق لأنه عصبتها، ولو كان الابن مات وترك أباه وهو زوج المعتقة لا يرث لأن أب الابن ليس عصبة المعتق. وإذا أعتق الرجل عبداً ثم أعتق المعتق الثاني عبداً ثم مات المعتق الثالث وترك عصبة المعتق الأول لا غير يرث منه. ولو أن امرأة اشترت أباها حتى أعتق عليها ثم مات الأب وترك هذه المشترية وبنتاً أخرى فميراث المعتق أثلاثاً وكان الثلثان بينهما على السوية بحكم الفرض والثلث الآخر للمشتري بحكم الولاء وكثير من هذا الفصل قدم في كتاب الولاء. وأما الكلام في ولاء الموالاة فنقول: تفسير ولاء الموالاة أن يسلم الرجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يديه أو لغيره واليتك على أني إن مت فميراثي لك. وفي شرح الطحاوي: إن مت ولم يكن لي وارث لا من جهة الفريضة ولا من جهة العصبة ولا من جهة ذوي الأرحام فميراثي لك، وإن جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر فهذا هو تفسير ولاء الموالاة، فإذا جنى الأسفل جناية فعقله على عاقلة المولى الأعلى، وإذا مات الأسفل يرث منه المولى الأعلى، وإن مات لا يرث منه المولى الأسفل. ولا تثبت هذه الأحكام بمجرد الإسلام بدون عبد الموالاة، وإذا مات الأسفل فميراث الأسفل لأقرب الناس عصبة إلى الأعلى كما في ولاء العتاقة، ولكل واحد منهما أن ينقض عقد الموالاة وليس له أن يجعل الولاء إلى غير فإنه لو قال جعلت ولائي لفلان لا يصير له والأسفل له أن يتحول بالولاء إلى غيره فإن له أن يوالي مع آخر وينقض العقد مع الأول، وإن والى مع غيره ينتقض الأول، وإن كان الموالاة مع غيره بغيبة الأعلى. وفي الذخيرة: ووالي الموالاة يخالف ولاء العتاقة من وجوه: أحدها أن في العتاقة يرث الأعلى من الأسفل ولا يرث الأسفل من الأعلى، وإن شرطوا ذلك في ولاء الموالاة يعتبر شرطهما حتى لو شرطا يرث كل واحد منهما كما شرطا. والثاني أن ولاء الموالاة يحتمل النقض وولاء العتاقة لا يحتمل. والثالث أن ولاء العتاقة مقدم على ذوي الأرحام ومولى الموالاة مؤخر عن ذوي الأرحام المولى الأسفل إذا أقر بأخ أو ابن عم ثم مات فميراثه لمولى

واللاتي فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبة بإخوتهن لا غير ومن يدلي بغيره حجب به والمحجوب يحجب كالإخوين أو الأختين يحجبان الأم من الثلث إلى السدس مع

الموالاة فقد صح منه عقد الموالاة ولم يصح منه الإقرار بالأخ وابن العم.

قال رحمه الله: **(ثم عصبته على الترتيب)** أي عصبة المولى ومعناه إذا لم يكن للمعتق من النسب على الترتيب الذي ذكرنا فعصبته مولاه الذي أعتقه فإن لم يكن مولاه فعصبته عصبة المعتق وهو المولى على الترتيب الذي ذكرناه بأن يكون جزء من المولى أولى وإن سفل، ثم أصوله ثم جزء أبيه ثم جزء جده يقدمون لقوة القرابة عند الاستواء أو بعلو الدرجة عند التفاوت. قال رحمه الله: **(واللاتي فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبة بإخوتهن لا غير)** وهن أربع من النساء: البنات وبنات الابن والأخوات لأب وأم والأخوات لأب وغيرهن لا يصرن عصبة بأخوتهن وقد بيناه في بيان ميراثهن. وقوله «بأخوتهن» هذا في البنات والأخوات ظاهر لأن عصبتهن تقتصر عليهم، وأما بنات الابن فإنهن يصرن عصبة بأبناء أعمامهن أيضاً وإن سفل كما ذكرنا في مسائل النسب فيكون معناه في حقهن بأخوتهن أو من له حكم إخوتهن، والمصنف ذكر حكم العصبات هنا واستوفاه إلا العصبة مع غيره وهن الأخوات مع البنات، وإنما ترك ذكرهن لأنه ذكرهن فيما يقدم وقد شرحناه هناك فلا نعيده. وإنما جعلهن مع البنات عصبة بغيرهن ومع إخوتهن عصبة لأن ذلك الغير وهو البنات شرط ليصير ورثتهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لأن نفسهن ليس بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما إذا كن مع إخوتهن لأن الإخوة بأنفسهن عصبة فيصرن به عصبة تبعاً. قال رحمه الله: **(ومن يدلي بغيره حجب به)** أي بذلك الغير سوى ولد الأم فإنه يدلي بالأم ولا تحجبه بل هي تحجب بالاثنين منهم من الثلث إلى السدس على ما بينا. وإنما لا تحجبه الأم لأنها لا تستحق جميع التركة ولا يرث هو إرثها لأنها ترث بالولادة وهو بالإخوة فلا يتصور الحجب فيه بخلاف الجد حيث يحجب الإخوة والأخوات كلهم لأنه يستحق جميع التركة، وبخلاف الجدة حيث تحجب بالأم لأنها ترث ميراث الأم والأم به أولى منها لأنها أقرب، وبخلاف الأب حيث يحجب الجد والجدة والأخوة والأخوات كلهن لأنه يستحق جميع التركة، وكذلك الابن يحجب ابنه لما ذكرنا ويكون الحاجب أقرب كالأعمام يحجبون بالإخوة وبأولادهم وكأولاد الأعمام والأخوة يحجبون بأعلى درجة منهم. قال رحمه الله: **(والمحجوب يحجب كالإخوين أو الأختين يحجبان الأم من الثلث إلى السدس مع الأب)** وهما لا يرثان معه لأن إرث الأخوة مشروط بالكلالة وإرث الأم الثلث مشروط بعدم الاثنين من الإخوة، وروي عن ابن عباس في أب وأم وثلاث أخوات للأم السدس وللأخوات السدس وما بقي للأب فجعل للإخوة ما نقص من نصيب الأم، وبيانه آية الكلالة تمنع من ذلك وآية حجب الأم بهم أيضاً لا توجب لهم ما نقص من نصيبهما فيحجبونها من غير أن يحصل لهم شيء.

الأب لا المحروم بالرق والقتل مباشرة واختلاف الدين أو الدار والكافر يرث بالنسب

قال رحمه الله: **(لا المحروم بالرق والقتل مباشرة واختلاف الدين أو الدار)** أي لا يحجب المحروم بهذه الأشياء أحداً وعند ابن مسعود يحجب حجب النقصان كنقص نصيب الزوجين والأم بالولد المحروم بما ذكرنا لأن الله تعالى ذكر الولد مطلقاً ونقص به نصيبهم من غير فصل بين أن يكون وارثاً أو محروماً، وكذا نقص نصيب الأم بالإخوة مطلقاً من غير فصل فيترك على إطلاقه ولا يحجب حجب الحرمان لأنه لو حجب هذا الحجب وهو لا يرث لأدى إلى دفعه إلى بيت المال مع وجود الوارث أو إلى تضييقه لأن بيت المال أيضاً لا يرث مع الابن أو الإخوة. وجه قول الجمهور أن المحروم في حق الإرث كالميت لأنه حرم لمعنى في نفسه كالميت، ثم إن الميت لا يحجب فكذا المحروم فصار كحجب الحرمان والنصوص التي توجب نقصان إرثهم لا نسلم أنها مطلقة لأن الله تعالى ذكر الأولاد أولاً وأثبت لهم ميراثاً ثم ذكر بعد ذلك حجب النقصان بهم فينصرف إلى المذكورين أولاً وهم المتأهلون للإرث، وهذا لأن المحروم اتصلت به صفة تسلب أهلية الإرث فألحقه بالمعدوم ولا كذلك المحجوب فإنه أهل في نفسه إلا أن حاجبه عليه على إرثه لزيادة قربه فلا يبطل عمله في حق غيره. وإنما ذكر سبب الحرمان بقوله «لا المحروم بالرق الخ» ليبين الأسباب المانعة من الإرث فإن الرق يمنع الإرث لأن الرقيق لا يملك شيئاً قال الله تعالى ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾ [النحل: ٧٥] وقال ﷺ «لا يملك العبد إلا الطلاق» ولا فرق في ذلك بين أن يكون قناً وهو الذي لم ينعقد له سبب الحرية أصلاً. وبين أن ينعقد له سبب الحرية كالمدبر والمكاتب وأم الولد ومعتق البعض عند أبي حنيفة لأن المعنى يشمل الكل وهو عدم تصور الملك لهم والمكاتب لا يملك الرقبة وهو عبد ما بقي عليه درهم على ما جاء في الخبر لا يكون أهلاً للإرث. والقتل الذي يمنع الإرث هو الذي يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو قصاص لا يوجب الحرمان لأن وجه الإرث عقوبة فتعلق بما تتعلق به العقوبة وهو القصاص والكفاره. والشافعي يعلقه بمطلق القتل حيث لا يرث عنده إذا قتله بقصاص أو رجم أو كان القريب قاضياً فحكم بذلك أو شاهداً فشهد به أو باغياً فقتله أو شهر عليه سيفاً دفعاً كل ذلك يمنع الإرث عنده، وهذا لا معنى له لأن القاتل أوجب عليه قتله أو جاز له قتله في هذه الصورة فكيف وجب عليه العقوبة بعد ذلك، ولهذا لا يتعلق بسائر القتل سائر العقوبات فكذا الحرمان. والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام «ليس للقاتل شيء من الميراث» هو القتل بالتعدي دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام «ليس للقاتل ميراث بعد كصاحب البقرة» أي قاتل هو كصاحب البقرة وهو كان متعدياً. واحترز بقوله «مباشرة» عن القتل بالتسبب. واختلاف الدين أيضاً يمنع الإرث والمراد به الاختلاف بين الإسلام والكفر بقوله ﷺ «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» وأما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعباد الوثن فلا يمنع الإرث حتى يجري الميراث بين اليهودي

والسبب كالمسلم ولو حجب أحدهما فبالحاجب لا بنكاح محرم ويرث ولد الزنا واللعان

والنصراني والمجوسي لأن الكفر كله ملة واحدة. وقال عليه الصلاة والسلام «الناس كلهم خير ونحن خير» واختلاف الدارين يمنع الإرث والمؤثر هو الاختلاف حكماً حتى لا تعتبر الحقيقة بدونه حتى لا يجري الإرث بين المستأمن والذمي في دارنا ولا في دار الحرب، ويجري بين المستأمن وبين من هو في داره لأن المستأمن إذا دخل إلينا أو إليهم من أهل داره حكماً وإن كان في غيرها حقيقة والدار إنما تختلف باختلاف المنفعة والملك كدار الإسلام ودار الحرب أو دارين مختلفين من دار الحرب باختلاف ملكهم لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهما والإرث يكون بالولاية. قال رحمه الله: **(والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم)** لأنه مختار مكلف فيملك بالأسباب الموضوعة للملك كالمسلم ولأنه بعقد الذمة التحق بالمسلم في المعاملة فيملك بالأسباب الموضوعة كالمسلم فيكون حكمه في ذلك كحكم المسلم.

قال رحمه الله: **(ولو حجب أحدهما فبالحاجب)** يعني لو اجتمع في الكافر قرابتان لو تفرقا في شخصين يحجب أحدهما الآخر يرث بالحاجب، وإن لم يحجب يرث بالقرابتين كما إذا تزوج المجوسي أمه فولدت له ابناً فهذا الولد ابنها وابن ابنها فيرث منها إذا ماتت على أنه ابن ولا يرث على أنه ابن ابن لأن ابن الابن يحجب بالابن، ولو ولدت بنتاً مكان الولد ترث الثلثين النصف على أنها بنت والسدس على أنها بنت ابن. ولو تزوج بنته فولدت له بنتاً ترث من أمها النصف على أنها بنت وترث الباقي على أنها عصبة لأنها أختها من أبيها وهي عصبة مع البنت، وإن مات أبوها ترث النصف على أنها بنت ولا ترث على أنها بنت البنت لأنها من ذوي الأرحام فلا ترث مع وجود ذي سهم وعصبة وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ أصحابنا، وفي رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت أنه يرث بأثبت القرابتين أو آكدهما أي أقواهما وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله، والصحيح الأول لأن فيه إعمال السبب ولا يجوز إبطاله بغير مانع والمانع الحاجب ولم يوجد فيأخذ بالجهتين ألا ترى أن المسلم يرث بالجهتين اتفق له ذلك بأن ماتت المرأة وتركت ابن عمها وهو زوجها أو أخوها من أمها فإنه يأخذ بالفرض والعصوبة فكذا الكافر إذ هو لا يخالف المسلم في سبب الملك كالشراء وغيره بخلاف الأخ من الأب والأم حيث لا يرث إلا بالعصوبة ولا يرث بالفرض على أنه أخ من أم لأنه ليس فيه اختلاف الجهة لأنه يرث بالإخوة وهي جهة واحدة فلا يصلح الاستحقاق بهما إلا للترجيح فقط عند مزاحمة من هو دونه في القوة كالأخ للأب. قال رحمه الله: **(لا بنكاح محرم)** أي لا يرث الكافر بنكاح محرم كما إذا تزوج مجوسي بأمه أو غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح، أما عندهما فظاهر لأن النكاح لا يصح، وأما عند أبي حنيفة فإنه ولو كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه إذا أسلما فكان كالفاسد. وفي المضمرات: اعلم بأن الكفار يتوارثون فيما بينهم بالأسباب التي يتوارث بها المسلمون من نسب أو سب أو نكاح ولا خلاف أنهم لا يرثون بالأنكحة التي لا تصح

....

بين المسلمين بحال نحو نكاح المحارم بسبب أو رضاع ونكاح المطلقة قبل التزوج بزوج آخر. واختلفوا في التوريث بحكم النكاح في العدة والنكاح بغير شهود قال زفر: لا يتوارثون. وقال أبو حنيفة: يتوارثون. وقال أبو يوسف: يتوارثون في النكاح بغير شهود ولا يتوارثون بالنكاح في العدة، وهذا بناء على اختلافهم في تقريرهم على هذه الانكحة إذا أسلموا وقد بينا ذلك في النكاح، ولا خلاف بين أصحابنا أن الكافر الحربي لا يرث الذمي سواء كان الحربي مستأمناً في دارنا أو في دار الحرب. وأهل الذمة يرث بعضهم بعضاً وإن اختلفت صورة مللهم عند عامة الصحابة لأن الكفر كله ملة واحدة فجعلوا اليهود والنصارى ملة، وكان أبو حنيفة وأصحابه يورثون أهل الحرب بعضهم من بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة، وإن اختلفت الدار أن لم يورثوا. تفسيراً اختلاف الدارين أن يكونا ملكين في موضوعين ويرى كل واحد قتل الآخر وإن اتفقت الملل، وهذا بخلافنا فإن أهل العدل مع أهل البغي يتوارثون فيما بينهم لأن دار الإسلام دار الأحكام فباختلاف الملك والمنفعة لا تتغير الدار فيما بين المسلمين لأن أحكام الإسلام تجمعهم، وأما دار الحرب فليست بدار الأحكام بل هي دار قهر وباختلاف الملل تختلف الدار بينهم، واختلاف الدارين يقطع التوارث وكذلك إذا خرجوا الينا بأمان يعني أهل الدارين المختلفين بينهم من أهل الحرب وإن كانوا مستأمنين فيجعل كل واحد منهم في الحكم كأنه في البقعة التي خرج منها بأمان بخلاف ما إذا صاروا ذمة لأهل الإسلام يتوارثون فيما بينهم بعد ذلك كما لو أسلموا فإنه يجري التوارث بعد ما مات بينهم. وإن اختلفت منعتهم في حالة الكفر جئنا إلى المسائل: ذمي مات وخلف ورثة في دار الحرب فماله فيء سواء كانت الورثة في دار الحرب أو في دار الإسلام معاهدين. ولو مات اليهودي وترك ابناً يهودياً في دار الإسلام يؤدي الجزية وابناً له في دار الحرب فالمال كله للابن اليهودي الذي يؤدي الجزية في دار الإسلام. ولو مات يهودي من أهل الحرب وهو مستأمنٌ في دار الإسلام وترك ابناً مستأمناً في دار الإسلام وابناً ذمياً وابناً حربياً وابناً مسلماً فالمال على قول أهل العراق بين الابن المعاهد والحربي لأن المعاهد بمنزلة الحربي عندهم فيرث منه الحربي ومن هو مثله وهو المعاهد. ولو مات يهودي من أهل الذمة وخلف ابناً يهودياً وابناً نصرانياً فعلى قول من يورث أهل الذمة بعضهم من بعض، وإن اختلفت صور مللهم المال بينهما نصفان، وعلى قول من يقول بأن اليهود والنصارى ملة المال للابن اليهودي. وأما ميراث المجوسي فيما بينهم يبنى على أصول ثلاثة: أحدها أنهم لا يتوارثون بالأنكحة الفاسدة فيما بينهم وإنما يتوارثون بالأنكحة الصحيحة، والفاصل أن كل نكاح لو أسلما تركا على ذلك فهو نكاح صحيح، ولو أسلما لم يتركا فهو نكاح فاسد. والثاني أن النسب فيما بينهم يثبت بالأنكحة الفاسدة ويتوارثون فيما بينهم بذلك النسب وإن كانوا لا يتوارثون بذلك النكاح. الثالث أن كل من يدلي إلى الميت بسببين أو ثلاثة فإنه يرث بجميع ذلك إلا إذا كان أحد السببين يحجب الآخر فحينئذ يرث بالحاجب وقد قدمناه. ولو تزوج بأمه أو بابنته أو بأخته فمات أحدهما لا يرث الآخر، وهذا الجواب على

....

أصل أبي يوسف ومحمد ظاهر لأن نكاح المحارم فيما بينهم فاسد عندنا وإن كانوا يدينون جوازه ولهذا قالا: إذا طلبت النفقة من القاضي لا يرفض النفقة، وإذا دخل بها سقط إحصانه حتى لا يحد قاذفة لو قذفه انسان بعدما أسلم، ولو طلب أحدهما التفريق فالقاضي يفرق وذلك لا يشكل على قول أبي حنيفة على ما هو مختار مشايخ العراق وإن كان نكاح المحارم فاسداً عند أبي حنيفة فاستدلوا لذلك بفصل عدم حرمان الإرث بينهما وإنما يشكل على قول مشايخ ما وراء النهر فإنهم يقولون بأن نكاح المحارم فيما بينهم جائز على قول أبي حنيفة، ويقولون لو لم يكن النكاح جائزاً عنده لما فرض لها النفقة، ويستدلون أيضاً بما لو دخل بها بعد النكاح أنه لا يسقط إحصانه عنده. والعذر لمشايخ العراق في فصل النفقة أن النفقة كما تجب بسبب النكاح فتحجب بسبب الاحتباس فإن ثمة لم يكن نكاح، وإن كان نكاحاً فاسداً يؤخذ النفقة بسبب الاحتباس لا بسبب النكاح وبقاء الاحتباس بعد الدخول لا يدل على صحة النكاح عند أبي حنيفة لا محالة ألا ترى أن من تزوج امرأة ودخل بها وكان نظر إلى فرج أمها أو ابنتها بشهوة أن إحصانه لا يسقط وإن كان نكاحاً فاسداً عند أبي حنيفة. والعذر لمشايخنا رحمهم الله عن فصل الإرث فإنه لا يجري الإرث فيما بينهم وإن كانوا يدينون جواز النكاح واعتبر ديانتهم في حق جواز النكاح في حق الإرث فيما بين المحارم أن يقول إن ديانتهم إنما تعتبر بجواز النكاح لأن جواز نكاح المحارم قد كان في شريعة آدم عليه السلام.

وفي الذخيرة: ثم فرقوا بين نكاح المحارم فيما بينهم وبين النسب الثابت في هذا النكاح فقالوا: إذا تزوج المجوسي بمحارمة ثم مات أحدهما لا يرثه الباقي، فأما إذا حدث بينهما ولد فإنه يثبت النسب ويتوارثون بذلك النسب فيما بينهم. تزوج مجوسي بابنة له فولدت منه ابناً وبنتاً ثم مات المجوسي فقد مات عن ابن وبنت وزوجة فيقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين يورثون بالنسب ويسقط اعتبار النكاح لأنه فاسد يثبت به النسب فيما بينهم ولا يتوارثون به فلهذا قال يسقط اعتبار النكاح ويرثون بالنسب. ولو مات الابن بعد ذلك فقد مات عن أخت لأب وأم وعن أخت لأب هي أمه فللأخت لأب السدس بحكم الأموية والسدس بحكم الأختية والنصف للأخت لأب وأم والباقي للعصبة إن كانت وإلا فيرد عليهما وعلى سهامهما. ولو لم يمت الابن بعد موت المجوسي ولكن ماتت البنت التي هي زوجته فقد ماتت عن ابن هو أخوها لأبيها وعن بنت هي أختها لأبيها ويرثون بالبنوة والبنتية ويقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. ولو لم تمت الابنة التي هي زوج المجوسي ولكن ماتت الابنة الأخرى فقد ماتت عن أخ لأب وأم عن أخت لأب وأم وعن أخت لأب هي أمها فيكون للأم السدس والباقي لأخ للأب وأم فيسقط اعتبار الأختية لأن قرابة والأخت لأب ساقطة الاعتبار لقرابة الأخ لأب وأم. وإنما كان للأم السدس في هذه الصورة لأن للميت أخاً وأختاً والأخت من أهل الاستحقاق إلا أنها صارت محجوبة بهذا السبب العارض ولهذا اسقط فرض الأم عن

. . . .

الثلث إلى السدس. وفي الذخيرة: مجوسي تزوج بأمه فولدت بنتاً وابناً ثم فارقها وتزوج ابنته فولدت له ابنة ثم مات المجوسي فقط مات عن أم وابن وابنة بنت ابن فيكون للأم السدس باعتبار الأمومة والباقي بين الابن والبنت للذكر مثل خط الأنثيين ولا شيء لبنت الابن، فإن مات الابن بعد فإنما مات عن زوجة هي جدته أم أبيه وهي أمة وعن أخت لأمة وأبيه فلا شيء للأم بالزوجية ولا بكونها جدة لأن الجدة لا ترث مع الأم ولكن لها السدس بالأمومة والابنة النصف بالبينة ولا شيء لها بالأختية لأم، فإن لم يمت الابن ولكن ماتت الابنة الكبرى فقد ماتت عن أم هي جدتها أم أبيها وعن أخ لأب وأم وعن ابنة هي أختها لأمها فللأم السدس بالأمومة لأن معها أخاً لأم وأختاً وهما يردان الأم من ثلث إلى السدس وللابنة السدس بالأختية لأم والباقي للأخ لأب وأم بالعصوبة، فإن كانت الابنة التي ماتت هي الصغرى فقد ماتت عن أم وعن جدتها لأبيها وعن أبيها وعن عمة هي أختها لأبيها وعن ابن هو أخوها لأمها فللأم السدس والباقي للأب لأن الإخوة والاخوات لا يرثون مع الأب شيئاً. ولو لم تمت الابنة ولكن ماتت الأم فإنما ماتت عمن هو زوجها وهو ابن ابنها وعن ابنة ابن هي أختها فلا شيء للابن بالزوجية ولكن المال بين الابن والأنثى للذكر مثل حظ الأنثيين فلا شيء للذكر باعتبار أنه ابن ابن ولا الأنثى باعتبار أنها ابنة الابن. مجوسي تزوج أمه فولدت له ابنتين فتزوج ابنته فولدت له ابنة ثم مات المجوسي فقد مات عن أم هي زوجة وثلاث بنات إحداهن زوجة وبنتان أختان لأم وإحداهن ابنة ابن فلا شيء للزوجة منهن بالزوجية ولا للأختين لأم بالأختية ولا للثالثة بكونها ابنة ابن ولكن الباقي للعصبة إن كانت، وإن لم تكن فهو رد على أم والبنات على مقدار حقهن، فإن ماتت بعدها الابنة التي هي زوجته فقد ماتت عن ابنة هي أخت لأب وأم فللابنة النصف والباقي للعصبة، وإن لم تمت هذه ولكن ماتت الابنة السفلى فإن ماتت عن أمها وهي أختها لأبيها وعن أخت أيضاً فيكون للأم السدس بالأمية وللأختين الثلثان بالأختية والباقي للعصبة. رجل مجوسي تزوج بابنته فولدت ابنتين فمات المجوسي ثم ماتت إحدى البنتين فإنما ماتت عن أم هي أخت لأب وعن أخت لأب وأم أيضاً فقد ذكر بعض المشايخ أن للأم السدس بالآية وللأخت لأب وأم النصف وللأم السدس بالأختية والأول أصح.

وفي السراجية: حكم الأسير كحكم سائر المسلمين في الميراث ما لم يفارق دينه، فإن فارق دينه فحكمه حكم المفقود. مسلم ونصراني استأجر ظئراً واحداً لولديهما فكبرا ولا يعرف والد النصراني من والد المسلم فالولدان مسلمان ترجيحاً للأم ولكن لا يرثان من أبويهما لأن المال لا يستحق بالشك، وكذا لو كان للرجل ابن ولمملوكه ابن أيضاً فدفعاهما إلى ظئر واحدة فكبرا ولم يعرف ابن المولى من الرقيق فالولدان حران ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ولا يرثان شيئاً. قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا لم يصطلحا، أما إذا اصطلحا فيما بينهما فلهما أن يأخذ الميراث فكذا الجواب في ولد المسلم مع ولد النصراني وبه يفتى. وفي المضمرات: مات وترك

من جهة الأم فقط ووقف للابن حظ ابن ويرث إن خرج أكثره فمات لا أقله ولا

أبوين وامرأتين أحدهما مسلمة والأخرى يهودية فللمرأة التي هي مسلمة الربع وللأم ثلثا الباقي والباقي للأب، وإذا تحاكما إلينا أهل الكفر في قسمه المال قسمنا ذلك فيما بينهم على حكمنا دون حكمهم، وإن قدم الحربي إلينا بأمان فمات بعث ماله إلى وارثة في دار الحرب. قال رحمه الله: **(ويرث ولد الزنا واللعان من جهة الأم فقط)** لأن نسبه من جهة الأب منقطع فلا يرث به، ومن جهة الأم ثابت فيرث به أمه وأخته من الأم بالفرض لا غير، وكذا ترثه أمه وأخته من أمه فرضاً لا غير ولا يتصوران يرث هو أو يورث بالعصوبة إلا بالولاء أو الولاد فيرثه من أعتقه أو أعتق أمه أو ولده بالعصوبة، وكذا هو يرث معتقه أو معتق معتقة أو ولده بذلك وقد تقدم. قال رحمه الله: **(ووقف للابن حظ ابن)** أي إذا ترك الميت امرأته حاملاً أو غيرها ممن يرثه ولدها وقف للحمل نصيب ابن واحد وهذا قول أبي يوسف. وعنه يوقف نصيب ابنين وهو قول محمد لأن ولادة الاثنين معتادة، وعن أبي حنيفة أنه يوقف نصيب أربع بنين أو أربع بنات أيهما أكثر لأنه يتصور ولادة أربعة في بطن واحدة فيترك نصيبهم احتياطاً، والفتوى على الأول لأن ولادة الواحد هي الغالب والأكثر منه موهوم والحكم للغالب ويؤخذ من الورثة على قوله كفيل لاحتمال أن يكون أكثر. وهذا إذا كان في الورثة ولد، وأما إذا لم يكن فيهم ولد فلا يختلف الميراث بينهم بكثرة الأولاد وقلتهم. وجملة الأمر لا يخلو إما أن يكون الورثة كلهم أولاد الأولاد، فإن كانوا كلهم أولاداً فيترك ما ذكرنا من القدر على الاختلاف وإن لم يكونوا كلهم أولاداً فلا يخلو إما أن يكون فيهم أولاد أولاد فإن كان فيهم أولاد أولاد يعطى كل وارث هو غير الولد منهم نصيبه ثم يقسم الباقي على الأولاد ويترك نصيب الحمل منه على الاختلاف الذي ذكرنا، وإن لم يكن في الورثة ذكر والحمل من الميت يعطى كل وارث نصيبه على تقدير أن الحمل ذكر أو أنثى أيهما أقل، وإن كان على أحد التقديرين يرث دون الآخر فلا يعطى شيئاً. وكذا إذا كان فيهم من لا يرث على تقدير ولادته حياً وعلى تقدير ولادته ميتاً يرث فلا يعطى شيئاً للاحتمال، وإن كان نصيبه على أحد التقديرين أكثر يعطى الأقل للتيقن وبه ويوقف الباقي.

قال رحمه الله: **(ويرث إن خرج أكثره فمات لا أقله)** أي الحمل يرث إن خرج أكثره وهو حي ثم مات، وإن خرج أقله وهو حي فمات لا يرث لأن انفصاله حياً من البطن شرط لإرثه والأكثر يقوم مقام الكل، ثم إن خرج مستقيماً فالمعتبر لصدره، وإن خرج منكوساً فالمعتبر لسرته وقد بينا من قبل. وفي الأصل في ميراث الجنين ذكر الصدر الشهيد في فرائضه أن الجنين يرث إذا كان موجوداً في البطن عند موت الموروث بأن جاء لأقل من ستة أشهر مذ مات الموروث هكذا ذكر محمد المسألة مطلقة. وهذا التقدير في استحقاق الجنين من غير الأب أما من الأب فإن جاء به لأقل من سنتين من وقت الموت فإنه يرث ما لم تقر بانقضاء لعادة نص عليه محمد في كتاب الفرائض، فالأصل أن المعتدة إذا جاءت بالولد لأقل من سنتين من

....

وقت الطلاق فإنه يثبت نسب الولد من الزوج إذا لم تقر بانقضاء العدة فإذا ثبت النسب من الميت يرث منه ضرورة وإن جاء لأكثر من سنتين لا يثبت النسب من الميت ولا يرث منه.
قال محمد في كتاب الفرائض أيضاً: لو أن عبداً تحته حرة ولد منها ابن وله ابن آخر حر من غيرها فمات ابن العبد ولا يدري أنها حبلى أم لا فجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ مات ابن العبد فإنه يرث ميراث أخيه لأن الوطء حال بالعلوق إلى ستة أشهر فقد مات أخوه وهو في البطن فيرثه، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يرثه لأن الحمل من ستة أشهر فقد مات أخوه وهو لم يخلق بعد فلا يرثه، فتبين بما ذكر محمد في الأصل إنما ذكره الصدر الشهيد من التقرير في استحقاق الجنين الإرث من غير الأب لا عن الأب وطريق معرفة انفصاله حياً أن يستهل أو يسمع منه عطاس أو تنفس أو يتحرك بعض أعضائه أو ما شاكل ذلك، وإن انفصل ميتاً لم يرثه لأنا شككنا في حياته وقت موت الأب بجواز أنه كان ميتاً لم تنفخ فيه الروح ويجوز أنه كان حياً فلا يرثه بالشك. وفي الذخيرة: ثم الجنين إذا خرج ميتاً فإنه لا يرث إذا خرج بنفسه، وأما إذا خرج حياً فهو من جملة الورثة بيانه: إذا ضرب انسان بطنها فألقت جنيناً ميتاً فهذا الجنين من جملة الورثة وفيه روايات ابن المبارك. قال الشيخ محمد أبو الفضل: إذا مات الرجل عن امرأة وابنين وادعت المرأة أنها حامل تعرض المرأة على امرأة ثقة أو امرأتين حتى يتبين حملها، فإن لم يقف على شيء من علامات الحمل يقسم الميراث، وإن وقف على شيء من علاماته تربصوا حتى تلد ولا يقسم الميراث. وإن كان رجل خلف امرأة حاملاً وابناً فولدت المرأة ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما وماتا لا يدري أيهما استهل، فلو جعل المستهل ابناً فقد خلف الموروث ابنين للمرأة الثمن والباقي بينهما وتصح المسألة من ستة عشر، ومسألة من ثلاثة لا تستقيم فتضرب ثلاثة في ستة عشر فتبلغ ثمانية وأربعين للمرأة الثمن ستة ولكل ابن احد وعشرون، فمات المستهل عن أحد وعشرين سهماً وخلف أماً وأخاً للأم الثلث سبعة أسهم والباقي وهو أربعة عشر للأخ فقد حصل للأم ثلاثة عشر وللأخ خمسة وثلاثون. وإن كان المستهل الأنثى للمرأة الثمن والباقي بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الأنثيين، وتصح المسألة من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة وللبنت سبعة وللابن أربعة عشر وماتت البنت عن سبعة أسهم وخلفت أماً وأخاً ومسألتهما من ثلاثة وسبعة على ثلاثة لا تنقسم فتضرب ثلاثة في أربعة وعشرين فتصير اثنين وسبعين للمرأة الثمن تسعة وللابن اثنان وأربعون وللبنت إحدى وعشرون، فماتت البنت عن إحدى وعشرين سهماً وخلفت أماً وأخاً للأم الثلث سبعة وللأخ أربعة عشر فقد حصل للأم ستة عشر وللأخ ستة وخمسون وستة عشر توافق الستة والخمسين بالثمن فيرد ذلك إلى ذلك الثمن فيكون ثمن الستة عشر سهمان وثمن الستة والخمسين سبعة أسهم والتسعة توافق الثمانية والأربعين بالثلث فيضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر فيصير مائة وأربعة وأربعين، ثم ضاعف لأن هنا حالين حال

....

استهلاك الابن وحال استهلاك البنت فصار مائتين وثمانية وثمانين فهذا جميع المال. وفي القنية سأل عن صبي استهل في البطن وانفصل ميتاً فقال: لا يعتبر هذا الاستهلال. وفي الظهيرية: ولو أن رجلين ليس بينهما قرابة تزوج كل واحد منهما أم الآخر فولدت كل واحد منهما غلاماً فقرابة ما بينهما أن ابن المتزوج بالأم أخاً لابن الذي تزوج الابنة وعمه وابن الذي تزوج الابنة ابن الأخت للذي تزوج الأم وابن أخيه فلا يرث واحد منهما من صاحبه مع سائر العصبات لأن العم لأم وابن الأخ لأم من جملة ذوي الأرحام فلا يرثون مع أحد من العصبات، فلو أن رجلاً تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه فولد لكل واحد منهما غلام فقرابة بين الغلامين أن ابن الأب الذي تزوج الأم عم الابن الذي تزوج الابنة وخاله وابن الابن ابن أخ ابن الأب وابن اخته فأيهما مات ورث صاحبه ههنا من قبل أن العم عصبة، وكذلك ابن الأخ لأب عصبة. وإذا كان كل واحد منهما عصبة صاحبه من أحد الوجهين كان وارثاً له، فإن تزوج الأب الابنة وتزوج الابن الأم فولد لكل واحد منهما غلام فقرابة ما بين الولدين أن ابن الأب عم ابن الابن وابن أخته وابن الابن حال ابن الأب وابن أخيه فأيهما مات ورثه الآخر بالعصوبة.

نوع آخر في هذا الفصل: رجل مات وترك ثلاث بنات فورثت إحداهن ثلثي المال والأخرى ثلث المال والثالثة لم ترث شيئاً كيف كانت هذه قال: إنه كان في الأصل الأب رقيقاً أعتقه إحداهن فقتلته واحدة منهن فللمعتقة الثلث فرضاً ولغير القاتلة الثلث فرضاً وللمعتقة الثلث تعصيباً. رجل مات وترك أخاً لأب وأم وأخاً لامرأته فورث المال أخو امرأته دون أخيه لأبيه وأمه كيف كانت هذه قال بأنه كان في الأصل رجل تزوج أم امرأة أبيه فولدت له ولداً ثم مات المتزوج ثم مات أخوه بعد ذلك وترك خالاً وعماً وهذا المولود في درجة ابن أخيه لأبيه وفي درجة خاله لأمه فالمال لابن الأخ فقد ورث المال الخال دون العم. رجل دخل على مريض فقال له أوصي فقال لماذا أوصي فإن مالي يرثه عمتاك وخالتاك وجدتاك كيف كانت هذه قال: كان هذا المريض تزوج جدتي الرجل أم أبيه وأم أمه فولدت كل واحدة للمريض ابنتين، فلما مات المريض ترك أربع بنات بنتان منهن خالتا الرجل وبنتان منهن عمتا الرجل والمرأتان هما جدتا الرجل فللبنتان الثلثان وللمرأتين الثمن وما بقي يرد على البنات إن لم يكن له عصبة. وسأل عن رجل ورثه سبع عشر امرأة ماله بالسوية فأجاب بأن هذا الرجل مات عن جدتين وثلاث نسوة وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لأب وأم فللجدتين السدس سهمان والنسوة الربع ثلاثة وللأخوات لأم الثلث أربعة وللأخوات لأم وأب الثلثان ثمانية فأصاب كل واحدة سهم. سأل عن امرأة ورثت أربعة أزواج واحداً بعد واحد فصار لها نصف جميع أموالهم وللعصبة النصف فأجاب بأن هذه المرأة تزوجها أربع اخوة وبعضهم وارث بعض وكان جميع أموالهم ثمانية عشر ديناراً للواحد منهم ثمانية وللآخر

. . . .

ستة وللثالث ثلاثة وللرابع دينار تزوجها صاحب الثمانية، ثم مات عنها ثم صار لصاحب الستة ثمانية ولصاحب الثلاثة خمسة ولصاحب الواحد ثلاثة ثم تزوجها الثاني ومات عنها وترك ثمانية دنانير فصار لها ديناران بقي ستة بين أخوين لكل واحد منهما ثلاثة ثم تزوجها الثالث ومات عنها وترك ثمانية دنانير فصار لها الربع ديناران ولأخيه ما بقي ستة فصار له اثنا عشر ديناراً فصار لها الربع من ذلك ثلاثة دنانير فصار جميع ما ورثت تسعة من الأول ديناران ومن الثاني ديناران ومن الثالث ديناران ومن الرابع ثلاثة وللعصبة تسعة دنانير. سأل عن رجلين ورث أحدهما ثلاثة أرباع المال وللآخر الربع فأجاب بأن الميتة بنت عمهما وأحدهما زوجها فللزوج النصف والباقي بينهما نصفين فنصيب الزوج ثلاثة أرباع والآخر ربع. سأل عن رجلين ورث أحدهم الثلثين والآخر الثلث قال: الميت امرأة لها ابنا عم أحدهما اخوها لأم والآخر زوجها فيكون للزوج النصف وللآخ من الأم السدس والباقي بينهما نصفان فنصيب الزوج الثلثان ونصيب الآخر الثلث. سأل عن ثلاثة إخوة ورث أحدهم الثلثين والآخران كل واحد سدس قال: هذه المرأة لها ثلاثة بني عم أحدهم زوجها فيكون للزوج النصف والباقي بينهم أثلاثاً فيكون لكل واحد سدس. رجل ورثته ثلاث نسوة أثلاثاً إحداهن أم الأخرى قال: هذا الرجل زوج ابن ابنته ابن ابن له فولدت له بنتاً ثم مات ابن الابن وبقي بنتا ابن ابن إحداهما أم الأخرى ثم مات الرجل وله أخت فصار للابنتين الثلثان وللأخت الثلث لأنها عصبة مع البنات. وفي الظهيرية في بيان ما يسأل عن المتشابهات: وإن سأل عن رجل مات وترك ابن عم لأب وأم فورث المال ابن العم دون ابن أخيه كيف يكون؟ قيل: صورة هذا أخوان ولأحدهما ابن اشتريا جارية فجاءت بولد فادعياه جميعاً كان ابناً لهما ثم مات الأخوان ثم مات ابن احدهما بعد موتهما ولم يترك وارثاً غير الابن الذي كان بين أبيه وعمه وكان له ابن أخ لأب وأم فميراثه لأخيه لأبيه وهو ابن عمه ويسقط ابن أخيه لأبيه وأمه. وإن سأل عن رجل مات وترك ابن عم لأب وأم وأخاً لأب فورثت المال ابن عمه دون أخيه لأبيه كيف يكون هذا؟ قيل: هذا في الأصل أخوان ولأحدهما ابن فاشتريا جارية فجاءت بابن فادعياه جميعاً كان ابناً لهما ثم أعتقا هذه الجارية فتزوج بها أبو الابن فولدت ابناً آخر فمات الأخوان ومات الابن الذي ولدته بعد النكاح وترك أخاً لأب وأم وهو ابن عمه وأخاً لأب فميراثه لابن عمه لأنه أخوه لأبيه وأمه. وسأل عن رجل وأمه وخالته ورثوا المال بينهم أثلاثاً كيف يكون هذا؟ فهذا رجل له بنتان زوج احدهما ابن أخيه فولدت له ابناً ومات ابن الأخ ومات الرجل بعد ذلك وترك بنتين وابن ابن أخ فللبنتين الثلثان وما بقي فلابن ابن الأخ فصار لابن ابن الأخ الثلث ولأمه ثلث المال ولخالته ثلث المال. وإن سأل عن رجل مات وترك سبعة إخوة لامرأته فورثت امرأته المال وأخواتها بالسوية كيف يكون هذا؟ قيل: رجل تزوج بأم امرأة أبيه فولدت له سبع بنين ثم مات الابن ومات أبوه بعد ذلك وترك

توارث بين الغرقى والحرقي إلا إذا علم ترتيب الموت وذو رحم وهو قريب ليس بذي

امرأته وسبعة بني ابن فللمرأة الثمن سهم وبقي سبعة أسهم لكل واحد منهم سهم. حكي أن امرأة جاءت إلى أبي حنيفة وقالت إن أخي مات وترك ستمائة ديناراً فقسموا تركته وأعطوني منها ديناراً واحداً. قال أبو حنيفة: ومن قسمها؟ قالت: تلميذك داود الطائي. فقال أبو حنيفة: ذلك حقك. قال: أليس ترك أخوك ابنتين وأماً وزوجة واثني عشر أخاً وأختاً؟ فقالت: بلى، قال: للبنتين الثلثان أربعمائة دينار، وللأم السدس مائة دينار، للمرأة الثمن خمسة وسبعون ديناراً، بقي خمسة وعشرون ديناراً أسهم للذكر مثل حظ الأنثيين لكل أخ ديناران وللأخت دينار واحد. مسألة: ولو سألت عن رجل مات وترك دنانير وورثه فإن كان الوارث ابناً كان له ألفا دينار، ولو كان مكان الابن ابن عم كان له عشرة آلاف. الجواب عن هذا إذا كان المال ثلاثين ألف دينار فإن كان له ابن وثمانية وعشرون بنتاً كان للابن ألفا دينار، ولو كان مكان الابن ابن عم كان للبنات الثلثان والباقي لابن العم وهو عشرة آلاف.

مسألة: ولو سألت عن رجل مات وترك أخوين لأب أحدهما للأم وأختين لأم أحدهما لأب كيف يقسم المال بينهم؟ الجواب عن هذا رجل مات وترك أخاً وأختاً لأب وأم وأخاً لأب فيقسم المال بينهم للأخت من الأب السدس والباقي بين الأخ والأخت لأب وأم ولا شيء للأخ من الأب. مسألة: ولو سئل عن رجل وابنته وورثا مالاً بالسوية كيف ذلك؟ الجواب هذه امرأة تزوجها ابن عم فولدت له ابنة ثم ماتت المرأة وصار لابنتها من ميراثها النصف والنصف الباقي لزوجها وهو ابن عمها. مسألة: ولو سأل عن امرأة وجدتها أم الأم وورثا مالاً بالسوية؟ الجواب عن هذا رجل زوج بنت أخته لابن ابنه فولدت لهما بنتاً مات الزوج ثم مات الجد وترك بنت ابن ابنه وأخته وهي جدتها أم أمه فصار لابنة ابن ابنه النصف وما بقي فللأخت. قال رحمه الله: **(ولا توارث بين الغرقى والحرقى إلا إذا علم ترتيب الموت)** أي إذا مات جماعة في الغرق أو الحرق ولا يدري أيهم مات أولاً جعلوا كأنهم ماتوا جميعاً فيكون مال كل واحد منهم لورثته ولا يرث بعضهم بعضاً إلا إذا عرف ترتيب موتهم فيرث المتأخر من المتقدم وهو قول أبي بكر وعمر وزيد وأحد الروايتين عن علي رضي الله عنه. وإنما كان كذلك لأن الإرث ينبني على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة الوارث بعد موت المورث ولم يثبت ذلك فلا يرث بالشك، وكذلك الحكم إذا ماتوا بهدم الجدار عليهم أو في المعركة ولا يدري أيهم مات أولاً. وفي الأصل: أخوان غرقاً وخلف أحدهما بنتاً وعشرين ديناراً مثلاً وخلف الآخر بنتاً وعشرة دنانير؛ فعلى قول عامة اصحابة وعامة الفقهاء للبنت النصف من المال والنصف الباقي لابن العم وما تركه الآخر لابنه. أخوان معتقان غرقا وخلف أحدهما ابناً وبنتاً وخلف الآخر بنت ابن ومولى فالذي خلف ابنة ابن ماله على قول العامة بين ابنة ابنه وبين ابن أخيه الذي غرق معه نصفان النصف لابنة الابن

سهم ولا عصبة ولا يرث مع ذي سهم وعصبة سوى أحد الزوجين لعدم الرد عليهما

والنصف لابن الأخ وحده. امرأة وابنها غرقاً وخلفت المرأة زوجاً هو أب الابن وخلف الابن أباه وابناً؛ فعلى قول العامة مال المرأة يقسم بين زوجها وبن ابن ابنها وللزوج الربع والباقي لابن الابن ومال الابن يقسم بين ابنه وبين الأب للأب السدس والباقي للابن، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل. قال رحمه الله: **(وذو رحم)** وهو معطوف على قوله «وذو فرض» في أول الكتاب **(وهو قريب ليس بذي سهم ولا عصبة)** أي ذو الرحم وهو قريب ليس بوراث بفرض ولا بعصبة، وهذا على اصطلاح أهل هذا العلم. وفي الحقيقة الوراث لا يخرج من أن يكون ذا رحم وتحته ثلاثة أنواع: قريب وهو ذو سهم، وقريب هو عصبة، وقريب ليس بذي سهم ولا عصبة فقدمنا الكلام في الأولين وبقي في الثالث فنقول: عندنا هم يرثون عند عدم النوعين الأولين وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم غير زيد بن ثابت فإنه قال: لا ميراث لذوي الأرحام بل يوضع في بيت المال وبه أخذ مالك والشافعي لما روي عن عطاء ابن يسار أن رجلاً من الأنصار جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله رجل هلك وترك عمته وخالته فسأل النبي ﷺ ذلك ثلاث مرات ثم قال: لا شيء لهما. وفي بعض رواياته لا أرى ينزل على شيء لا شيء لهما. وروي أنه قال: لا أجد لهما شيئاً. وإذا لم ينزل عليه شيء لا يمكن إثباته بالرأي لأن المقادير لا يمكن إثباتها بالرأي. ولنا ما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال: ٧٥] فتوارثوا بذلك. وعن المقداد بن معدى عن النبي ﷺ قال: «من ترك مالاً فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه»(١) رواه أحمد وأبو داود وغيرهما. وحين مات ثابت بن الدحداح وكان غريباً لا يعرف من أين هو قال رسول الله ﷺ أبا لبابة بن المنذر بن أخته فأعطاه ميراثه. وعن أمامة بن سهل أن رجلاً رمى رجلاً بسهم فقتله وليس له وراث إلا خالاً فكتب في ذلك أبو عبيدة إلى عمر فكتب عمر أن النبي ﷺ قال: الله ورسوله مولى من لا مولى له، والخال وارث من لا وارث له. وقال الترمذي: حديث حسن. وقال الطحاوي: هذا آثار متصلة قد توارثت عن رسول الله ﷺ وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روي عن عمر رضي الله عنه في عم لأم وخالة أعطى العم الثلثين والخالة الثلث. ويحتمل أن يكون هناك من هو أولى منهما أو كان ذلك قبل نزول الآية ويحتمل أن قوله عليه الصلاة والسلام «لا شيء لهما» أراد به الفرض أي لا فرض لهما مقدر

---

(١) رواه البخاري في كتاب الفرائض باب ٤، ٢٥. مسلم في كتاب الفرائض حديث ١٤، ١٧. أبو داود في كتاب الفرائض باب ٨. الترمذي في كتاب الفرائض باب ١. أحمد في مسنده (٢/ ٢٩٠، ٤٥٦) (٤/ ١٣١).

وترتيبهم كترتيب العصبات والترجيح بقرب الدرجة ثم يكون الأصل وارثاً وعند

ونحن نقول به. فإن قيل: لا حجة لكم في الآية لأنها نزلت برد التوارث بالإخاء ويحتمل أن يكون المراد بها العصبة وأصحاب السهام وليس فيها دلالة على أن المراد بها غيرهم قلنا: العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهي عامة فيعمل بعمومها على أن كثيراً من أصحاب الشافعي منهم شريح خالفوه وذهبوا إلى توريث ذوي الأرحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال فصرفه في غير المصارف.

قال رحمه الله: **(ولا يرث مع ذي سهم وعصبة سوى أحد الزوجين لعدم الرد عليهما)** أي لا يرث ذوو الأرحام مع وجود ذوي فرض أو عصبة إلا إذا كان صاحب الفرض أحد الزوجين فيرثون معه لعدم الرد عليه لأن العصبة أولى. وكذا الرد على ذي السهام أولى من ذوي الأرحام لأنهم أقرب إلا الزوجين وأنهما لا قرابة لهما مع الميت فلهذا لا يرد عليهما ما فضل من فرضهما وعليه عامة الصحابة، وكان عثمان بن عفان يرد على الزوجين أيضاً وقد عرف في موضعه. قال رحمه الله: **(وترتيبهم كترتيب العصبات)** يعني ترتيب ذوى الأرحام في الإرث كترتيب العصبات يقدم فروع الميت كأولاد البنات وإن سفلوا، ثم أصوله كالأجداد الفاسدين والجدات الفاسدات وإن علوا، ثم فروع أبويه كأولاد الأخوات وبنات الأخوة وبني الإخوة لأم وإن نزلوا، ثم فرع جده وجدته كالعمات والأعمام لأم والأخوال والخالات وإن بعدوا فصاروا أربعة أصناف. وروى أبو سليمان عن محمد بن الحسن عن أبي حنيفة أن أولادهم بالميراث الأصول والأول أصح لأن الفرع أقرب كما في العصبات. وفي المضمرات وهم عشرة: أولاد البنات وأولاد الأخوات وبنات الأخ وبنت العم والخال والخالة وأب الأم وعم الأم والعمة وولد الأخ ومن أدلى بهم. وفي العثماني وهم خمسة أصناف: أولهم أولاد البنات، والثاني الجد الفاسد والجدات، والثالث أولاد الأخوات لأب وأم أو لأب وأولاد بنات الابن وأولاد الإخوة والأخوات لأم وبنات الأعمام وأولاد هؤلاء الإخوة كلهم، والرابع الأعمام لأم والأخوال والخالات والعمات وبنات الأعمام وأولاد هؤلاء، والخامس عمات الأباء والأمهات كلهم وأخوالهم وخالاتهم وأعمام الآباء بالأم وأعمام اومهات كلهم وأولاد هؤلاء فأولاهم بالميراث أولهم ثم ثانيهم ثم ثالثهم ثم رابعهم ثم خامسهم وفي رواية عن أبي حنيفة وعليه الفتوى، وروي عن أبي حنيفة أن الجد الفاسد أولى بالميراث من أولاد البنات وأولاد بنات الابن. وقال أبو يوسف ومحمد: وأولاد الأخوات وبنات. الإخوة أولى من الجد الفاسد أبو الأم وكل واحد أولى من ولده أولى من أبويه عندهما. وفي الظهيرية: وقد صح رجوع أبي حنيفة إلى قولهما في تقديم أولاد البنات وعليه الفتوى، والحكم فيهم أنه إذا انفرد واحد منهم يستحق جميع المال وهذا لأن ذوي الأرحام يرثون على التعصيب من وجه لأنهم يرثون

....

بالقرابة من الميت وليس لهم سهم مقدر والعصبة من كل وجه ذكر يدلي بعصبة ذكر ولا يكون له سهم مقدر ففي حق ذوي الأرحام إذا لم توجد الذكورة والإدلاء إلى الميت بعصبة ذكر وجد المعنى الآخر وهو أنه قريب ليس له سهم مقدر وكانوا عصبة من وجه فيعتبر بمن يرث بالتعصيب من كل وجة أن يستحق جميع المال إذا انفرد وكذا هنا. وهم في الحاصل أصناف صنف ينتهي إلى الميت وهو الساقط من ولد الولد وإنما اعتبرنا بالساقط لأن ولد الولد على ضربين: ثابت وهو من جملة أصحاب الفرائض وهو بنت الابن أو هو من جملة العصبات وهو ابن الابن، وساقط هو داخل في جملة ذوي الأرحام وهو ولد البنت ذكراً كان أو أنثى، وصنف ينتمي إليه الميت كالجد الفاسد والجدة الفاسدة، وصنف ينتمي إلى أبوي الميت كبنات الإخوة لأب وأم أو لأب وأولاد الأخوات كلها، وصنف ينتمي إلى جدي الميت كالأعمام لأب وأم أو لأب، وصنف ينتمي إلى أبوي جدي الميت وهو أعمام الأب وعماته وأخواله وخالاته وأعمام الأم كلهم وعماتها وأخوالها وخالاتها وأولادهم. وفي الكافي: وأجمعوا على أن ذوي الأرحام لا يحجبون بالزوج والزوجة أي يرثون معها فيعطى الزوج أو الزوجة نصيبه ثم يقسم الباقي بين ذوي الأرحام كما ستعرفه مثاله: زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم فللزوج النصف والباقي لبنت البنت. وأما الكلام في الصنف الأول فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت حتى كانت بنت البنت أولى من بنت بنت البنت، فإن استووا في القرب فمن كان ولد الوارث فهو أولى مثاله: إذا ترك بنت بنت بنت وبنت بنت ابن فالمال لبنت بنت الابن لأن أمها وارثة، وكذلك إذا ترك ابن ابن بنت وبنت بنت ابن فالمال لبنت بنت الابن كما ذكرنا، وإن كان أحدهما أقرب والآخر ولد الوارث لا يكون أولى. وفي الذخيرة في أصح القولين حتى إنه إذا ترك بنت بنت البنت وبنت بنت ابن ابن كان بنت بنت البنت أولى لكونها أقرب، وإن استووا في القرب وليس فيهم ولد الوارث فالمال يقسم بينهم بالسوية، وإن كانوا ذكوراً كلهم أو إناثاً كلهم وإن كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الأنثيين وهنا بلا خلاف إذا اتفق صفة الأصول في الذكورة والأنوثة أعني بالأصول الآباء والأمهات واتفق صفة ابدان الفروع في الذكورة والأنوثة. وإن اختلفت صفة الأصول فعلى قول أبي يوسف يعتبر أبدان الفروع ويقسم المال بينهم بالسوية إن كانوا ذكوراً كلهم أو إناثاً كلهن، وإن كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الأنثيين، ثم ما أصاب كل بطن فهو لولده، وكان أبو يوسف أولاً يقول كما قال محمد ثم رجع عنه وقال كما ذكرنا. قال شيخ الإسلام خواهر زاده: وعامة مشايخنا يجعلون قول أبي حنيفة مع قول محمد، وغيرهم من المشايخ قالوا عن أبي حنيفة في هذا روايتان. بيان هذه المسائل إذا ترك بنت بنت وابن بنت فالمال بينما للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك إذا ترك ابن ابن بنت وبنت بنت بنت فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين. ولو ترك بنت بنت بنت وبنت ابن

....

بنت فعند أبي يوسف المال بينهما نصفان اعتباراً لأبدانهما. وعن محمد رحمه الله يقسم بينهما أثلاثاً ثلثاه لبنت ابن البنت وثلثه لبنت بنت البنت اعتباراً بأصولهما كأنه مات عن ابن بنت وبنت بنت وولدي ابن بنت فعلى قول أبي يوسف المال بينهم باعتبار الأبدان على ستة لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم، وعلى قول محمد يقسم باعتبار الآباء فيجعل كأنه ترك بنت بنت وابن بنت فيكون ثلثا المال لابن البنت والثلث لبنت البنت، ثم ما أصاب ابن البنت يقسم بين ولديه أثلاثاً ثلثاه لابنه وثلثه لبنته وما أصاب بنت البنت يقسم بين ولديها أثلاثاً أيضاً ثلثه لبنتها وثلثاه لابنها فتكون القسمة من تسعة.

وفي الكافي: ولو ترك بنتي ابن البنت وابن بنت بنت عند أبي يوسف ظاهر، وعند محمد يقسم أخماساً خمس المال لابن بنت البنت وأربعة أخماسه لبنتي ابن البنت كأنه مات عن ابني بنت وبنت بنت فما أصاب بنت البنت فلولدها، وما أصاب الابن فلولده. ولو ترك ابني بنت بنت وبنت ابن بنت بنت وبنتي بنت ابن بنت فعند أبي يوسف المال بين الفروع أسباعاً باعتبار أبدانهم، وعند محمد يقسم المال في البطن الثاني أسباعاً باعتبار عدم الفروع الأصول إذ أربعة أسباعه لبنتي بنت ابن البنت نصيب أحدهما وثلاثة أسباعه وهو نصيب البنتين يقسم على ولديهما في البطن الثالث أيضاً فنصفها لبنت ابن البنت نصيب أبيها والنصف الآخر لابني بنت بنت البنت نصيب أمها وتصح من ثمانية وعشرين، وقول محمد أشهر الروايتين عن أبي حنيفة في جميع ذوي الأرحام وعليه الفتوى. وقال الأمام الأسبيجابي في المبسوط: قول أبي يوسف أصح لأنه أسهل. ولو ترك ولدي بنت بنت وبنت ابن بنت فعلى قول أبي يوسف المال بينهم باعتبار أبدانهم على أربعة أسهم سهم بنت ابن البنت وثلاثة أسهم لولدي بنت البنت سهمان للابن وسهم للبنت. وعلى قول محمد القسم باعتبار الآباء يجعل كأنه مات عن ابن بنت وعن بنت بنت فيقسم المال بينهم أثلاثاً ثلثاه لابن البنت وثلثه لبنت البنت، ثم ما أصاب ابن البنت يسلم لولده وما أصاب بنت البنت يقسم بين ولديها أثلاثاً الثلثان للابن والثلث للبنت فيحتاج إلى حساب يقسم ثلثه أثلاثاً وأقل ذلك تسعة، وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل. ومشايخ بخارى أخذوا بقول أبي يوسف في جنس هذه المسائل وبعد الصنف الأول على قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد أي الأصناف أولى. قال أبو حنيفة: الأجداد والجدات أولى. وقال أبو يوسف ومحمد: أولاد الأخوات وبنات الإخوة أولى لأن أولاد الأخوات أولاد صاحبات فرض وبنات الإخوة أولاد عصبة والجدات ليسوا ولد صاحب فرض ولا ولد عصبة ولا ولد ذي سهم. وأبو حنيفة يقول: ذو الأرحام يورثون على سبيل التعصيب من وجه وفي العصبات من كل وجه والجدات يرثون لأن الأب مقدم على أولاد ابنه عندي حتى أن أولاد الإخوة لأب وأم لا يرثون مع الأب عندنا فكذا في ذوي الأرحام الجدات لأم هم في درجة أب الأب لأنه يتصل

....

بالميت بتوجه كأب الأب يصير مقدماً على أولاد الإخوة فتصير هذا المسألة على قوله فشرع تلك المسألة. وأما الكلام في الأجداد الفاسدة والجدات الفاسدة فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت، فإن استووا في القرب فعلى قول أبي سهل الفرائضي وجماعة من المشايخ من يدلي إلى الميت بوارث فهو أولى وفي المغرب: أدلية الدلو سلبها في البئر يدلي إلى الميت أي يتصل. وقال أبو سليمان الجرجاني: من يدلي إلى الميت بالوراث ليس بأولى بيانه: إذا مات الرجل وترك أبو أم الأب وأب أب الأم لا يدلي إلى الميت بالوراث وبه كان يفتي القاضي الأمام الشهيد عبد الواحد. وعلى قول أبي سليمان ثلثا المال لأب أم الأب والثلث لأب أب الأم، وكذا إذا ترك أب الأم فعلى قول أبي سهل لا شيء لأب أب الأم والمال لأب أم الأم، وعلى قول أبي سليمان المال بينهما نصفان لأن كل واحد منهما يدلي إلى الميت بالوراثات. وذكر محمد في فرائض الأصل هذه الصورة وهو ما إذا ترك أب أم الأب وأم أم الأم، وذكر أن المال يقسم بينهما أثلاثاً ثلثاه لأب أم الأب وثلثه لأب أم الأم. قال القاضي الإمام عبد الواحد الشهيد: هذا قياس قول محمد، وعلى قول أبي يوسف ينبغي أن يكون بينهما نصفان لأم أم الأم مع أب الأب إذا اجتمعتا استويا ألا ترى أن ابن الأخ لأم مع بنت الأخ لأم لا يفضل أحدهما على الآخر ولما كان لا يفضل الأخ لأم على الأخت لأم كذا هنا. ولو ترك أم أب الأم وأم أب الأب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين لأنهما يدليان إلى الميت بقرابة الأم فيقسم عليهما باعتبار أبدانها بلا خلاف كعمة لأم وعمها وخالة الأم وخالها على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى. فإن كان للأب الميت جد من قبل الأب أب أم أب أم كذلك يقسم المال بينهما أثلاثاً ثلثاه للجدة من قبل الأب وثلثه للجدة من قبل الأم ثم ما أصاب جدتي الأب يقسم بينهما أثلاثاً ثلثاه للجدة من قبل الأب وثلثه للجدة من قبل الأم، وهذه المسألة تدل على أن من يدلي إلى الميت بالوارث ليس بأولى فإن أب أم الأب يدلي إلى الميت بالوارث ومع هذا لا يكون أولى، وأما الكلام في أولاد الأخوات وبنات الأخوة أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت. وفي السراجية: أولاد أولاد الأخوات لأب وأم المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن استووا في القرب، فمن كان منهم ولد وارث فهو أولى عند بعض المشايخ ومثاله: بنت بنت أخ وبنت ابن أخ فعند بعض المشايخ بنت ابن الأخ أولى، وإن استووا في القرب وكان أحدهما ولد عصبة والآخر ولد صاحب فرض فعلى قول أبي يوسف الآخر يقسم المال بينهما باعتبار الأبدان، وعلى قول محمد يقسم المال بينهما باعتبار الأباء مثاله: بنت أخ وابن أخ فعلى قول أبي يوسف الثلثان لابن الأخ والثلث لابن الأخت لأنه لو ترك أخاً وأختاً توجيه قول محمد أن ميراث ذوي الأرحام يعتبر بالأصول عند اختلاف الفروع وتعتبر بالأبدان عند اتفاق الأصول ألا ترى أنهم اتفقوا في بنت الخال وبنت العم أن للعم الثلثان وللخال الثلث وكانت هذه القسمة باعتبار أصولهما وهو الأب والأم وقالوا في العمة

....

والعم لأم أن المال بينهما باعتبار الأبدان أثلاثاً لأن الأصول متفق، وقالوا في أولاد ذوي الأرحام عند اختلاف الأصول باعتبار الأصول وباعتبار الأبدان وأبو يوسف يقول بأن المستحق بولاء الأولاد دون الأصول فإذا اتحد جهة الاستحقاق يجب اعتبار الأبدان لا اعتبار الأصول ألا ترى أنهم قالوا في أم الأم وأم الأب إن السدس بينهما نصفان ولم يقل بأن أحدهما يدلي بقرابة الأب والآخر بقرابة الأم فيكون الثلث لقرابة الأم والثلثان لقرابة الأب لأن جهة الاستحقاق قد اختلفت لأن العمومة والخؤلة اختلف فيها جهة الاستحقاق، فإن استووا في القرب وليس فيهم ولد عصبة ولا ولد صاحب فرض فالمال يقسم بينهم على السوية إذا كانوا ذكوراً كلهم وإناثاً كلهن وإن كانوا مختلطين وقد اتفق الأصول فللذكر مثل حظ الأنثيين، وإن اختلف الأصول فكذلك عند أبي يوسف اعتباراً لإتيان الفروع، وعند محمد أن يعتبر أول بطن مختلف على ما ذكرنا في الصنف الأول وإن اجتمع أولاد الأخوات المتفرقات وبنات الإخوة فعند أبي يوسف من كان لأب وأم فهو أولى ممن كان لأم، وعند محمد يعتبر الأصول مثاله: إذا هلك الرجل وترك بنت أخ لأب وأم وبنت أخ لأب وبنت أخ لأم فعند أبي يوسف المال كله لبنت الأخ لأب وأم، وعند محمد سدس المال لبنت الأخ لأم والباقي لبنت الأخ لأب وأم. وإن اجتمع أولاد الإخوة والأخوات لأم فعند أبي حنيفة لا يفضل الذكر على الأنثى كالأصول، وعن أبي يوسف يفضل بخلاف الأصول حتى إنه لو ترك ولدي أخت لأم كانا ذكرين أو كانا أنثيين أو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى فالمال بينهما نصفان، وكذلك إذا ترك ولدي الأخ لأم وولدي الأخت لأم فالمال بينهم بالسوية أرباعاً.

وفي السراجية: بنات الإخوة وعند أبي يوسف من كانت لأب وأم فهي أولى ممن كانت لأب وهي أولى ممن كانت لأم. وقال محمد: يعتبر الأصول. وأما الكلام في الأعمام والعمات كلها والأخوال والخالات كلها يجب أن يعلم أن العمات أصناف ثلاثة: عمة لأب وأم، وعمة لأب، وعمة لأم. والحكم فيهن أنه إذا كانت عمة لأب وأم وعمة لأم كان المال للعمة للأب وأم. وفي شرح الطحاوي: ولو ترك عماً وعمة فإن كانا لأب وأم أو عمة وعماً لأب فالمال للعم لأنه عصبة ولا ميراث لأحد من ذوي الأرحام مع العصبة، وكذلك لو كان العم لأب وعمة لأب وأم أو لأب أو لأم فالمال كله للعم، وإن كانوا جميعاً لأم فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن ترك عمة لأب وعمة لأم كان المال كله للعمة لأب، وإن ترك عماً لأب وعمة لأب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين. وكذلك إذا ترك بنت عم لأب وابن عمة لأب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك إذا ترك بنت عم لأم وابنة عم لأب قال أبو يوسف: المال بينهما يقسم باعتبار الأبدان للذكر مثل حظ الأنثيين. وفي الذخيرة: وإن اجتمعت قرابة الأب والأم يقسم بينهما أثلاثاً. وفي شرح الطحاوي: متى اجتمع في الميراث ذو الأرحام إلا أن بعضهم أولاد العصبة وبعضهم أولاد أصحاب الفروض

....

وبعضهم أولاد ذوي الأرحام فإنه ينظر؛ إن كانت درجتهم مختلفة فالأقرب منهم أولى بالميراث، وإن كانت درجتهم مستوية فأولاد ذوي الأرحام لا يرثون مع أولاد العصبة كأولاد أصحاب الفروض فأولاد العصبة يرثون مع أولاد أصحاب الفرائض بيانه: رجل مات وترك ابن عمه وابنة عم فالمال كله لابنة العم لأنها من أولاد العصبة والأخرى من أولاد ذوي الأرحام. ولو ترك بنت ابنة وابنة ابنة ابن فالمال كله لابنة ابنة الابن لأنها ولد صاحب فرض وأما الأخوال والخالات فهم أيضاً أصناف ثلاثة: خال وخالة لأب وأم. وخال وخالة لأب، وخال وخالة لأم. فالحكم فيهم أن الصنف الأول مقدم على الصنف الثاني والصنف الثاني مقدم على الصنف الثالث حتى إنه إذا ترك خالاً وخالة لأب وأم وخالاً وخالة لأب وخالة وخالاً وخالة لأم فالمال بين الخال والخالة لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين ولا شيء للخال والخالة لأب ولا للخال والخالة لأم، ولو ترك خالاً وخالة لأم فالمال بينهما أثلاثاً، وإن اجتمعت العمة مع الخالة أو مع الخال فالثلثان للعمة والثلث للخالة، وإن اجتمع عمة لأب وخالته وعمة لأم فالثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم، ثم ما أصاب فريق الأب يقسم على قرابته من قبل أبيه وبين قرابته من قبل أمه أثلاثاً ثلثاه للقرابة من قبل أبيه وثلثه لقرابته من قبل أمه، وما أصاب قرابة أمه يقسم بين قرابته من قبل أبيه وثلثه لقرابته من قبل أمه أيضاً أثلاثاً ثلثاه لقرابته من قبل أبيه وثلثه لقرابته من قبل أمه، وذو القرابتين من إحدى الطائفتين لا يحجب ذا القرابة الواحدة من الطائفة الأخرى إلا رواية عن أبي يوسف رواية ابن سماعة بيانه فيما إذا ترك عمة لأب وأم وخالة لأب وأم فالثلثان للعمة والثلث للخالة في ظاهر رواية أصحابنا. وعن أبي يوسف أن المال كله للعمة ولا شيء للخالة في ظاهر رواية أصحابنا.

وأما أولاد هؤلاء فأقربهم إلى الميت أولى، وإن استووا في القرب فمن كان لأب وأم أولى ممن كان لأب، ومن كان لأب. ممن كان لأم، ومن كان يدلي إلى الميت بقرابة الأب فهو أولى ممن يدلي بقرابة الأم. وإن اختلف بطن فعند أبي يوسف يعتبر الأبدان، وعند محمد يعتبر أول بطن اختلف ويقسم المال عليه نحو ما ذكرنا حتى إذا ترك بنت بنت عمة لأب وأم وابن بنت عمة لأب وأم فعلى قول أبي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين هذا بلا خلاف لأن الأصول قد اتفقت. وإن ترك بنت عمة لأب وأم وبنت خالة لأب وأم وبنت خالة لأب وبنت خالة لأم فلبنت العم الثلثان ولبنت الخالة الثلث والكلام في أعمام الأب لأم وعماته وأخواله وخالاته وأعمام الأم كلها وعماتها وأخوالها وخالاتها فالحكم فيهم ما ذكرنا أنه عند الانفراد أنه يستحق جميع المال، وإذا اجتمعوا من جانب الأب أو من جانب الأم أو من الجانبين جميعاً فلا رواية عن أصحابنا المتقدمين. واختلف المشايخ فيه والصحيح ما روي عن الحسن بن زياد وأبي سليمان الجرجاني أن الحكم فيهم كالحكم في أعمام الميت وأخواله وخالاته حتى إنه إذا اجتمع الصنفان يجعل الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم، ثم ما

....

أصاب قرابة الأب يقسم بينهم على حسب ما يقسم بينهم لو انفردوا. وفي الذخيرة: وهما مما يتصل بهذا الفصل.

فصل في بيان ميراث من له قرابتان من أولاد البنات: اعلم أنه إذا اجتمع في الواحد من أولاد البنات قرابتان وصورة هذا أن يكون لرجل ابنتان لإحدى ابنتيه ابنة وللأخرى ابن فتزوج الابن الابنة بنت الابنة فحدث بينهما ابنة ثم مات الرجل الذي له ابنتان وترك هذه فهذه ابنة ابنة الرجل وهي أيضاً ابنة ابن الرجل وكان لها قرابتان وله ابنة ابنة بنت أخرى لها قرابة واحدة، وذكر شيخ الإسلام في شرحه أن على قول أبي يوسف القسمة على الأبدان لا على الآباء وبدنهما متفق فيكون المال بينهما نصفين، وعند محمد يقسم على الآباء ويورث من جهتين باعتبار الآباء فيقال بأن التي لها قرابة واحدة لها سهم لأن أباها أنثى والتي لها قرابتان سهم من رجل لأن أباها أنثى وسهمان لأن أباها ذكر فصار المال بينهما على أربعة: سهمان يسلم لها بلا منازعة وهو مات وصل إليها من جهة أبيها الذكر تنفرد به، والسهم الذي وصل إليها من جهة أبيها الأنثى يضم إلى ما في يد التي لها قرابة واحدة لاتفاق أبيهما في الأنوثة فيصير سهمان باعتبار بدنهما، فإن ترك ابنه ابنة بنت وهي ابنة ابن ابنه وترك أيضاً ابن ابنة ابنة؛ أما عند أبي يوسف فالقسمة على الأبدان وأحدهما ذكر والأخرى أنثى وقد استويا في الدرجة فيكون المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين على ثلاثة، وأما عند محمد يقسم المال على الأباء ثم على الأبدان فيقال للذي له قرابة واحدة وهي بنت ابنته سهم لأن أباه أنثى وللذي له قرابتان فهي ثلاثة أسهم يسلم لها سهمان بلا منازعة وهو ما وصل إليها من جهة أبيها الذكر وما وصل إليها من جهة أبيها الأنثى وذلك سهم لا يسلم لها بل يضم إلى ما في يد الذي لها قرابة واحدة وهو سهم فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين على ثلاثة لاتفاق قرابتهما في هذين السهمين واختلاف أبدانهما، وقسمة سهمين على ثلاثة لا يستقيم ولا موافقة بينهما في شيء فاضرب أصل الفريضة وذلك أربعة في ثلاثة فصار اثني عشرة سهماً هذا جميع المال، ومنه تخرج المسألة فإن التي لها قرابتان كان لها سهمان بلا منازعة ضربناهما في ثلاثة فصار له ستة، والذي لم يكن يستقيم بينهما مع المنازعة سهمان ضربناهما في ثلاثة فصار ستة بينها للذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار الأبدان التي لها قرابتان ثلثها وذلك سهمان لأنها أنثى وأربعة للذي لها قرابة واحدة لأنه ذكر فحصل للذي لها قرابتان ثمانية ستة بلا منازعة. هذا الذي ذكرنا إذا كانت التي لها قرابتان أنثى والتي لها قرابة واحدة أنثى، أما عند أبي يوسف فالمال بينهم أثلاثاً باعتبار الأبدان بينهما فللتي لها قرابتان سهمان لأنه ذكر وللتي لها قرابة واحدة سهم لأنها أنثى. وأما عند محمد القسمة باعتبار الآباء ثم باعتبار الأبدان بينهما فيقال للذي له قرابتان ثلاثة أسهم سهمان لأن أباه ذكر، وسهم لأن أباه أنثى، وللتي لها قرابة واحدة سهم واحد لأن أباها أنثى فحصل للذي له قرابتان ثلاثة أسهم، فما وصل إلى ذي القرابتين من

....

جهة أبيه الأنثى وذلك سهم يضم إلى ما في يد الآخر وفي يدها سهم فيكون بينهما باعتبار الأبدان على ثلاثة للذكر مثل حظ الأنثيين لاتفاق آبائهما واختلاف أبنائهما، وقسمة سهمين على ثلاثة لا يستقيم ولا توافق بينهما فتضرب أصل الفريضة وذلك أربعة في ثلاثة فيصير اثني عشر هذا جميع المال، ومنه تخرج المسألة. فإن ترك ابنة ابنة وهي ابنة ابن ابنة وترك أيضاً ابنة ابنة وترك أيضاً ابنة ابن ابنة أخرى فعلى قول أبي يوسف يقسم بينهم باعتبار الأبدان على ثلاثة أسهم لأن أبدانهم متفقة فإن كلهن أناث، وأما عند محمد القسمة على الآباء ثم على الأبدان فيقال لابنة ابنة البنت التي لها قرابة واحدة سهم لأن أباها أنثى ولابنة ابن البنت التي لها قرابة واحدة سهمان لأن أباها ذكر ولمن لها قرابتان لها ثلاثة أسهم من جهتين سهم من جهة إن أباها أنثى وسهمان من جهة إن أباها ذكر فيكون المال بينهم على ستة باعتبار الآباء ثم الأبدان متفق تجيء قسمة أخرى باعتبار الأبدان؛ هذه الجملة على هذا الترتيب أوردها شيخ الإسلام في شرحه. وذكر القاضي الإمام قول محمد رحمه الله على نحو ما ذكر شيخ الإسلام.

وقال الفرضيون من أهل ما وراء النهر: إنها ترث بالجهتين عند أبي يوسف. قال القاضي الإمام: وهذا هو الصحيح وهو اختيار القاضي الإمام من أنه على قول أبي يوسف يقسم المال في المسألة الأولى من هذا الفصل بينهما أثلاثاً ثلث المال للتي لها قرابتان لأنها في معنى شخصين، وعند محمد القسمة على الآباء، فإن كان مع التي لها قرابتان ابن بنت فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى على ما اختاره القاضي الإمام يقسم المال بينهما نصفان لأنه يعتبر بالأبدان، والتي لها قرابتان بمنزلة ابنتين فيكون المال على أربعة للذكر مثل حظ الأنثيين لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم، وإن كان مع التي لها قرابتان ابنة ابنة وابن بنت بنت فعند أبي يوسف القسمة على الأبدان فيكون المال بينهم أخماساً للتي لها قرابتان سهمان وللابنة سهمان وللابنة الأخرى سهم على الآباء، وأما الكلام في أولادهم وأولاد العمات وأولاد أولاد الأخوال والخالات فنقول: أقربهم إلى الميت أولى فإن استووا في القرب فعند اتحاد الجهة من كان ذو قرابتين يكون أولى، وإن اختلط يقسم المال عليهم على نحو ما ذكرنا بيانه من المسائل. إذا ترك ابنة خالة وابنة ابن خالة فالميراث لابنة الخالة لأنها أقرب بدرجة، وكذلك إذا ترك ابنة عمة وابنة ابنة خالة فإن ابنة العمة أولى وإن كانتا من جهتين مختلفتين لأنها أقرب بدرجة، وإن ترك بنات العم مع ابنة خالة فلبنات العم الثلثان ولابنة الخالة الثلث، وإن كان البعض ذا قرابتين والكلام فيه على نحو ما ذكرنا من اتحاد الجهة واختلافها بيانه فيما إذا ترك ثلاثة بنات عمات متفرقات فالمال كله لابنة العمة لأب وأم، وكذلك إذا ترك ثلاث بنات خالات متفرقات. وإن ترك ابنة خالة لأب وأم وابنة عمة لأب وأم فلابنة العم الثلثان ولابنة الخالة الثلث؛ هذا لأن المساواة بينهما يعني به

....

الاتصال بالميت موجود حقيقة ولكن القرابتان أقوى سبباً فعند اتحاد الجهة يجعل الأقوى في معنى الأقرب، وكذلك ينعدم عند اختلاف السبب والجهة ولأن توريث ذوي الأرحام باعتبار معنى العصوبة وقرابة الأب في ذلك مقدمة على قرابة الأم فجعل قوة السب كزيادة القرب عند اتحاد الجهة وعند اختلاف الجهة يسقط اعتبار هذا المعنى، فإن كان أحدهما ولد عصبة وولد صاحب فرض فعند اتحاد الجهة يقدم العصبة وولد صاحب الفرض، وعند اختلاف الجهة لا يقدم وتعتبر المساواة في الاتصال بالميت وهي رواية أبي عمران عن أبي يوسف. أما في ظاهر الرواية يقدم ولد العصبة على ولد صاحب الفرض حتى أنه إذا ترك ابنة عم لأب وأم أو لأب وابنة عمة فالمال كله لبنت العم، وهذا بلا خلاف لأن الجهة هنا اتحدث. ولو ترك ابنة عم وابنة خال وخالة فلابنة العم الثلثان ولابنة الخال والخالة الثلث على رواية أبي يوسف، ولا تقدم بنت العم لكونها ولد عصبة لأن الجهة مختلفة هنا. وفي ظاهر الرواية المال كله لابنة العم فيقدم ولد العصبة مع اختلاف الجهة، وهذا لأن ولد العصبة أقرب اتصالاً بوارث الميت فكان أقرب اتصالاً بالميت. فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن تكون العمة أحق بجميع المال من الخالة لأن العمة ولد العصبة وهو أب الأب والخالة ليست بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض فإنهما ولد أب الأم قلنا: الخالة ولد أم الأم وهي صاحبة فرض فمن هذا الوجه تتحقق المساواة بينهما في اتصال الوارث للميت إلا أن اتصال الخالة بوارث وهي أم فتستحق فريضة الأم واتصال العمة بوارث وهو أب فتستحق نصيب الأب، وإن كان قوم هؤلاء من قوم الأم من بنات الأخوال والخالات وقوم من قبل الأم من بنات العمات والأعمام فالمال مقسوم بين الفريقين أثلاثاً، سواء كان من جانب ذو قرابتين أو كان من أحد الجانبين ذو قرابتين ومن الجانب الآخر ذو قرابة واحدة. ثم ما أصاب كل فريق يترجح فيه من كان ذو قرابتين لأب على من قرابته لأم لأن نصيب كل فريق الاستحقاق له بجهة واحدة، وكل واحد منهم إذا انفرد استحق جميع ذلك فعند الإجتماع تراعى قوة السبب بينهم في ذلك للقرابة، فإن استووا في القرابة فالقسمة بينهم على الأبدان في قول أبي يوسف الآخر، وفي قوله الأول وهو قول محمد القسمة على أول من يقع الخلاف به من الآباء بيانه فيما إذا ترك ابن خالة وابنة خالة فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. وهذا بلا خلاف لأن الآباء قد اتفقت، وإن ترك ابن عمة وابنة عم فإن كانت ابنة عم لأب وأم أو لأب فهي أولى لأنها ولد عصبة وابن العمة ليس بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض، وإن كانت بنت العم لأم فعلى قول أبي يوسف المال بينهما أثلاثاً باعتبار الأبدان الثلثان لابن العمة والثلث لبنت العم، وعلى قول محمد الثلثان لبنت العم والثلث لابن العمة لأم، فإذا كان ابن عمة لأب وأم فهو أولى بجميع المال لأنه ذو قرابتين وكذلك إذا كان ابن عمة لأب لأنه أدلاه بقرابة الأب، وفي استحقاق معنى العصوبة يقدم

....

قرابة الأب على قرابة الأم، فإن ترك ثلاث بنات أخوال متفرقات وثلاث بنات خالات متفرقات وثلاث بنات عمات متفرقات فالثلثان لبنات العمات ثم نشرح في ذلك ابن الخالة لأب وأم وابنة الخالة لأب وأم فيكون المال بينهم أثلاثاً في قول أبي يوسف الآخر على اعتبار الأبدان لابن الخالة الثلثان ولابنة الخالة الثلث، وعلى قول محمد رحمه الله على عكس ذلك. فإن كان مع هؤلاء ثلاث بنات أعمام متفرقين فالمال كله لابنة العم لأب وأم خاصة لأن ابنة العم لأب وابنة العم لأم سواء في ذلك أن كل واحدة منهما ليس بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض، وكلما ترجح ابنة العم لأب وأم على ابنة العمة لأب أو لأم فكذلك يترجح على ابنة العمة لأب فلا يتغير هذا الاستحقاق بكثرة العدد من أحد الجانبين وقلة العدد من الجانب الآخر لأن الاستحقاق المدلى به وهو الأب والأم وذلك لا يختلف بقلة العدد وكثرته وهو سؤال أبي يوسف على محمد في أولاد البنات فإن هناك لو كان المدلى به وهو المعتبر لما اختلفت القسمة بكثرة العدد وقلته كما في هذا الموضع لأن الفرق بينهما لمحمد رحمه الله أن هناك تتعدد الفروع بتعدد المدلى به حكماً وهنا لا يتعدد المدلى به حكماً لأنه إنما يتعدد الشيء حكماً إذا تصور حقيقة ولا يثبت التعدد حكماً بتعدد القرابات.

وأما الكلام في أولاد العمات وأولاد الخالات إذا ترك بنت بنت عمة لأب وأم وابن بنت عمة لأب وأم فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بلا خلاف لأن الأصول قد اتفقت. ترك ابنة عمة لأب وأم وابنة خالة لأب وأم فلابنة العمة الثلثان ولبنت الخالة الثلث. وهذا بلا خلاف، وكذا إذا ترك بنت ابن عمة لأب وأم وابنة ابنة خالة لأب وأم فلبنت ابن العمة الثلثان ولابنة ابن الخالة الثلث. أما الكلام في أعمام الأم وعماتها وأعمام الأب وعماته وأخوال الأم وخالاتها إذا ترك الميت خالة لأم وارثة لها فخالها وخالتها بمنزلة خاله وخالته فإن ترك خالة الأم وعمة الأم فقد ذكر أبو سليمان الجرجاني عن أصحابنا أن المال بينهما أثلاث ثلثاه للعمة وثلثه للخالة وجعلهما على هذه الرواية بمنزلة خالة الميت وعمته. وذكر عيسى بن أبان أن المال كله للعمة، وذكر يحيى بن آدم أن المال كله لخالة الأم. وجه رواية أبي سليمان أن في توريث هذا النوع المدلى به قائم مقام الميت فعمة الأم بمنزلة عمة الميت وكذلك خالة الأم بمنزلة خالة الميت، وفي عمة الميت وخالته القسمة بينهما أثلاثاً فكذا هذا. وإن ترك عم الأب وعمة الأب فالمال كله لعم الأب، ولو ترك عم الأب وعمته وخال الأب وخالته فالمال كله له إذا انفرد أن لأب وأم أو لأب لأنه عصبة وإن كان لأم فالمال بينهما أثلاثاً على الأبدان في قول أبي يوسف الآخر، وعلى المدلى به في قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله. وإن كان هناك عمة الأب وخالته فعلى رواية أبي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين كما بينا، وعلى رواية عيسى بن أبان ويحيى بن آدم المال كله لعمة الأب لأنها ولد العصبة وهو ولد أب الأب، ولأنها تدلي بقرابة الأب وقرابة الأب في معنى العصوبة

....

مقدم على قرابة الأم، وإن اجتمع الفريقان يعني عمة الأب وخالة الأب وعمة الأم وخالة الأم لقوم الأب الثلثان ولقوم الأم الثلث ثم قسمة كل جزء بين كل فريق في هذا الفصل كما تقدم. ولا يختلف الجواب بكون أحدهما ذي قرابتين والآخر ذي قرابة واحدة في القسمة عند اختلاف الجهة لكن في نصيب كل فريق يترجح ذو القرابتين والآخر ذو قرابة واحدة على نحو ما بينا في الفصل المتقدم. وإن اجتمع عم الأب وعمته وخالة الأم وخالها فالمشهور من قول أهل العراق أن نصيب الأم وهو الثلث فيقسم بين خالتها وخالها على ثلاثة بفضل الذكر على الأنثى، فإن كانتا من أمه لأن التسوية بين أولاد الأم إذا كانوا يتصلون بالميت وهم أخوة الميت وأخواته، إذا كانوا الأب وأم إذا كانوا يتصلون بوارث الميت فلا تسوية بل يفضل الذكر على الأنثى في رواية الحسن بن زياد وأبي سليمان الجرجاني، ونصيب الأب يقسم بين قرابته أثلاثاً وهذا ظاهر. ولو اجتمع ثلاثة أخوال متفرقين أم وعم وعمة أب من أم فعلى الرواية المشهورة من أهل العراق وهم الموروثون من جهتين يقدم من هو لأب. ولو ترك خالتي أم وعمتي أم لأب فعلى الرواية المشهورة من أهل العراق الثلث لخالتي الأم والثلثان بين العمتين ويجعل كأن الأم ماتت وتركت أبوين فللأم الثلث سهم من ثلاثة وللأم الثلثان سهمان من ثلاثة، ثم ما أصاب الأم فهي لمن يدلي بها وأنه لا يستقيم. ولما أصاب الأب ينتقل إلى من يدلي به وتصح المسألة من ستة: خال أم الأب وأم عمة أم الأب فعلى الرواية المشهورة عن أهل العراق فيجعل كأن الأم ماتت عن أبوين ففريضتها من ثلاثة أسهم للأم ينتقل إلى أختها، وسهمان للأب تنتقل إلى أخته فتصير في الحاصل كخالة الأم سهم وللأب عم أم الأب سهمان. وإن ترك ثلاثة أخوال لأب منفردين وثلاث عمات أب متفرقات وثلاث خالات أم متفرقات فعلى القول المشهور من أهل العراق يجعل كأن الأم ماتت وتركت أماً كان المال لها، ثم إنها ماتت عن أبوين فقدر نصيبهما من ثلاثة سهم للأم ينتقل ذلك إلى أختها لأب وأم وسهمان للأم تقسم بين عمة الأب لأب وأم وبين خال الأب لأب وأم على ثلاثة للعمة الثلثان وللخال الثلث وكأن هذا الأب أيضاً مات وترك أبوين وأن هذا للأب وارثاً من جهة أبيه ومن جهة أمه فنصيب أمه ينتقل إلى العم فانكسر بالأثلاث فيضرب ثلاثة في ثلاثة تصير تسعة فمنه تصح المسألة، وعلى هذا القياس تخرج هذه المسائل. والكلام في هؤلاء بمنزلة الكلام في آبائهم وأمهاتهم ولكن عند انعدام الأصول، فأما عند وجود أحد من الأصول فلا شيء للأولاد كما لا شيء لأحد من أولاد العمات والخالات عند بقاء عمة أو خالة الميت، ويتصور في هذا الجنس شخص له قرابتان بيانه في امرأة لها أخ لأم وأخت لأب فتزوج أخوها لأمها أختها لابنها وهي أيضاً عمتها لأب وأم وولد لهذا الولد ولد ثم مات الثاني فهذه المرأة خالة ابنة لأبيه وعمة ابنة لأم، ثم الجواب في هذا الفصل على الاختلاف الذي بينا في ذي القرابتين في بنات الإخوة وأولاد الأخوات.

اختلاف جهة القرابة للأب ضعف قرابة الأم وإن اتفق الأصول فالقسمة على الأبدان وإلا فالعدد منهم والوصف من بطن اختلف والفروض نصف وربع وثمن وثلثان

قال رحمه الله: **(والترجيح بقرب الدرجة)** يعني إرثهم بطريق العصوبة فيقدم الأقرب على الأبعد في كل صنف منهم كما في العصبات. قال رحمه الله: **(ثم يكون الأصل وارثاً)** أي إذا استويا في الدرجة فمن يدلي بوارث أولى من كل صنف لأن الوارث أقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقديمه عليه في استحقاق الإرث فكان من يدلي به أقوى وللقوة تأثير في التقديم ألا ترى أن بني الأعيان يقدمون على بني العلات في العصوبة لهذا المعنى. قال رحمه الله: **(وعند اختلاف جهة القرابة للأب ضعف قرابة الأم)** أي إذا كان بعض ذوي الأرحام من جهة الأب وبعضهم من جهة الأم كان لمن هو من جهة الأب الثلثان ومن هو من جهة الأم الثلث لما روينا من قضية عمر وابن مسعود رضي الله عنهما، ولأن قرابة الآباء أقوى فيكون لهما الثلثان والثلث لقرابة الأم، وهذا لا يتصور في الفروع وإنما يتصور في الأصول والعمات والخالات. قال رحمه الله: **(وإن اتفق الأصول فالقسمة على الأبدان)** أي اتفقت صفة من يدلون به في الذكورة والأنوثة ولم يختلفوا فيها كانت القسمة على أبدانهم حتى تجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، والمراد بالأصول المدلى بهم سواء كانوا أصولاً لهم أو لم يكونوا. قال رحمه الله: **(وإلا فالعدد منهم والوصف من بطن اختلف)** أي إن لم تتفق صفة الأصول يعتبر العدد من الفروع المدلون بهم والصفة من البطن المختلفة فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر عدد كل واحد من ذلك البطن بعدد فروعه حتى يجعل الذكر الذي في ذلك البطن ذكوراً بعدد فروعه. والأنثى الواحدة إناثاً تعدد فروعها وتعطى الفروع ميراث الأصول. وإذا كان فيهم بطون مختلفة يقسم المال على أول بطن اختلف على الصفة التي ذكرنا، ثم تجعل الذكور طائفة والإناث طائفة بعد القسمة، فما أصاب الذكور يجمع ويقسم على أول بطن اختلف به ذلك، وكذا ما أصاب الإناث وهكذا يعمل إلى أن ينتهي إلى الذين هم أحياء، وهذا قول محمد. وعند أبي يوسف والحسن بن زياد تعتبر أبدان الفروع سواء اتفقت صفة الأصول في الذكورة والأنوثة أو اختلفت. ولو كان لبعضهم جهتان أو أكثر تعتبر الجهتان والجهات فيرث بكل جهة غير أن أبا يوسف يعتبرها في الفروع، ومحمد رحمه الله في الأصول بخلاف الجدة حيث لا ترث إلا بجهة واحدة عند أبي يوسف. وذو الرحم يرث بالجهتين عنده في الصحيح. والفرق له على هذه الرواية أن الجدة تستحق الإرث باسم الجدة والاسم لا يختلف بينهن وارث ذوي الإرحام ثم بالقرابة فيتعدد بتعددها. وقول محمد أصح في ذوي الأرحام جميعاً وهو أشهر الروايتين عن أبي حنيفة. قال رحمه الله: **(والفروض نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس)** أي الفروض المقدرة في كتاب الله هذه الستة وهي نوعان على التنصيف إن بدأت بالأكثر

وثلث وسدس ومخارجها اثنان النصف وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميها واثنى عشر وأربعة وعشرون بالاختلاط وتعول بزيادة فستة تعول إلى عشرة وتراً وشفعاً واثنى عشر

والتضعيف إن بدأت بالأقل فنقول: النصف ونصفه ونصف نصفه، والثلثان ونصفه ونصف نصفه. أو نقول: الثمن وضعفه وضعف ضعفه، والسدس وضعفه وضعف ضعفه. قال رحمه الله: **(ومخارجها اثنان النصف وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميها واثنى عشر وأربعة وعشرون بالاختلاط)** أي مخارج هذه الفروض لا تخلو إما أن يجيء كل فريق منها منفرداً أو مختلطاً بغيره، فإن جاء منفرداً فمخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذي يشاركه في الحروف إلا النصف فإنه من اثنين وليس له سمي وذلك مثل الثمن من ثمانية والسدس من ستة والثلث من ثلاثة والربع من أربعة، وإن جاء مختلطاً بغيره فلا يخلو إما أن يختلط كل نوع بنوعه أو أحد النوعين بالآخر، فإن اختلط كل نوع بنوعه فمخرج الأقل منه يكون مخرجاً للكل لأن ما كان مخرجاً لجزء يكون مخرجاً لضعفه ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج الثمن أو الستة مخرج السدس، وإن اختلف أحد النوعين بالنوع الآخر فمخرجهما من أقل عدد يجمعهما، وإذا أردت معرفة ذلك انظر مخرج كل واحد من الفريقين على حدة ثم انظر هل بينهما موافقة أولاً، فإن كان بينهما موافقة فاضرب وفق أحدهما في جميع الآخر، وإن لم يكن بينهما موافقة فجميع أحدهما في جميع الآخر فالمبلغ مخرج الفرضين، ثم إذا اختلط النصف الأول بكل من الثاني أو ببعضه فهو من ستة لأن بين مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف، فإذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر يبلغ ستة. وإذا اختلط الربع من الأول بكل الثاني أو ببعضه فهو من اثني عشر لأن مخرج الربع وهو الأربعة موافق مخرج السدس وهو الستة بالنصف، فإذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر يبلغ إثنتي عشر ومنه يخرج الجواب. وإن كان المختلط به الثلث والثلثان فلا موافقة بينهما فاضرب ثلاثة في ثمانية تبلغ أربعة وعشرين فمنه مخرج الجواب فصارت جملة المخارج سبعة، ولا يجتمع أكثر من أربعة فروض في مسألة واحدة، ولا يجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف، ولا ينكسر على أكثر من أربع طوائف. قال رحمه الله: **(وتعول بزيادة)** أي تعول هذه المخارج بزيادة من أجزاء المخرج إذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا تكفي أجزاء المخرج لذلك فيحتاج إلى العول في زيادة من أجزاء المخرج فترتفع عنه المسألة. والعول الميل والجور يقال عال الحاكم في حكمه إذا مال وجار ومنه قوله تعالى ﴿ذلك أدنى أن لا تعولوا﴾ [النساء: ٣] والمراد بالعول عول بعضها لأن كلها لا تعول وإنما تعول ثلاثة منها الستة واثنا عشر وأربعة وعشرون والأربعة الأخرى لا تعول. قال رحمه الله: **(فستة تعول إلى عشرة وتراً وشفعاً)** ويريد بالوتر السبعة والتسعة، وبالشفع الثمانية والعشرة مثال عولها إلى السبعة: زوجة وأختان لأبوين أو لأب أو زوج وأم وأخت لأب. ومثال عولها إلى

إلى سبعة عشر أو تراً وأربعة وعشرون إلى سبعة وعشرين فإن انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد في الفريضة إن وافق وإلا فالعدد في الفريضة فالمبلغ مخرجه وإن تعدد

ثمانية: زوج وأخت من أب وأختان من أم أو زوج وثلاث أخوات متفرقات أو زوج وأم وأختان من أب. ومثال عولها إلى تسعة: زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم أو زوج وأختان من أب. ومثال عولها إلى عشرة: زوج وأختان من أب وأختان من أم وأم وأم.

قال رحمه الله: **(واثنى عشر إلى سبعة عشر أو تراً)** أي اثني عشر تعول إلى سبعة عشر وتراً لا شفعاً. والمراد بالوتر ثلاثة عشر، وخمسة عشر، وسبعة عشر. فمثال عولها إلى ثلاثة عشر: زوج وبنتان وأم أو زوجة وأختان لأبوين وأخت لأم. ومثال عولها إلى خمسة عشر: زوج وبنتان وأبوان. ومثال عولها إلى سبعة عشر: أربع أخوات لأم وثمان أخوات لأبوين وجدتان وثلاث زوجات. قال رحمه الله: **(وأربعة وعشرون إلى سبعة وعشرين)** أي أربعة وعشرون تعول إلى سبعة وعشرين وما فيها إلا عولة واحدة وهي المنبرية وتسمى السبعية وهي زوجة وبنتان وأبوان سميت بذلك لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال: عاد ثمنها تسعاً مرتجلاً ومضى في خطبته ولا تعول إلى أكثر من ذلك إلا عند ابن مسعود رضي الله عنه فإنها تعول عنده إلى أحد وثلاثين فيما إذا ترك امرأة وأختين لأم وأختين لأب وابناً كافراً ورقيقاً أو قاتلاً له لأن من أصله أن المحروم يحجب حجب نقصان دون الحرمان فيكون للمرأة الثمن عنده وللأم السدس وللأختين لأب الثلثان وللأختين لأم الثلث ومجموع ذلك أحد وثلاثون، فإذا فرغنا من ذلك احتجنا إلى التصحيح ولا بد للتصحيح من معرفة أربعة أشياء: التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين ليتمكن من العمل في التصحيح فنقول: إن كان أحد العددين مماثلاً للآخر فهي المماثلة فيكتفي بضرب أحدهما عن الآخر، وإن لم يكن مماثلاً له فإن كان الأقل جزء الأكثر فهي المتداخلة، وإن لم يكن له جزء فإن توافقا في جزء فهي الموافقة، وإن لم يتوافقا في جزء فهي المباينة. ولا يخلو عددان اجتمعا من أحد هذه الأحوال الأربعة لأنهما إما أن يتساويا أو لا، فإن تساويا فهي المماثلة. وإما أن يتساويا فلا يخلو إما أن يكون الأقل جزء الأكثر، فإن كان جزءاً له فهي المتداخلة وإلا فهي المباينة، وبيان كل واحدة مذكور في المطولات. وهذه الأربعة كلها جارية بين الرؤوس والرؤوس، وكذا بين الرؤوس والسهام إلا الداخلة فإن العمل فيها كالموافقة، فإذا كانت الرؤوس أكثر، وكالمماثلة إذا كانت السهام أكثر لأنها تنقسم عليهم كما تنقسم المماثلة، وفائدة التصحيح بيان كيفية العمل في القسمة بين المستحقين من أقل عدد يمكن على وجه يسلم الحاصل لكل من الكسر ولهذا سمي تصحيحاً. قال رحمه الله: **(فإن انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد في الفريضة إن وافق)** أي إذا انكسر نصيب طائفة من الورثة ينظر بين رؤوسهم وسهامهم، فإن كان بينهما موافقة ضرب وفق عددهم في الفريضة وهي أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة

الكسر وتماثل ضرب واحد فإن توافق فالوفق وإلا فالعدد في العدد ثم وثم وثم جميع

فالمبلغ تصحيح كجدة وأخت لأم وعشرين أخاً لأب وأصلها من ستة فللجدة سهم وكذا الأخت لأم وللأخوات لأب أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق رؤوسهم بالربع فاضرب ربع رؤوسهم وهو خمسة في أصل المسألة وهو ستة تبلغ ثلاثين فمنها تصح. قال رحمه الله: **(وإلا فالعدد في الفريضة فالمبلغ مخرجه)** أي إن لم توافق الرؤوس السهام فاضرب عدد الرؤوس في سهام الفريضة وهي أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو التصحيح في المسألتين أي في المباينة والموافقة وقد ذكرنا مثال الموافقة. ومثال المباينة: زوج وسبع أخوات لأب أصلها من ستة وتعول إلى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللأخوات الثلثان أربعة فلا ينقسم عليهن ولا يوافق فاضرب رؤوسهن في الفريضة تبلغ تسعة وأربعين فمنها تصح. قال رحمه الله: **(وإن تعدد الكسر وتماثل ضرب واحد)** أي إذا انكسر على أكثر من طائفة واحدة وتماثل أعداد رؤوس المنكسر عليهم يضرب فريق واحد في أصل المسألة وعولها إن كانت فما بلغ من الضرب فهو تصحيح المسألة مثاله: ست أخوات لأب وأم وثلاث أخوات لأم وثلاث جدات أصلها من ستة وتعول إلى سبعة للأخوات لأب وأم الثلثان أربعة لا تنقسم عليهن ولا توافق النصف فرد رؤوسهن إلى النصف ثلاثة وللأخوات لأم الثلث سهمان لا تنقسم عليهن ولا توافق وللجدات سهم لا ينقسم عليهن ولا يوافق فاجتمع معك ثلاثة أعداد مماثلة، فاضرب واحداً منهم في الفريضة تبلغ إحدى وعشرين فمنها تصح. ولو كان بعض الأعداد مماثلة دون البعض ضرب رؤوس فريق واحد من المتماثلين في عدد رؤوس الفريق المباين لهم أو في وفقة إن وافق فما بلغ ضربته في الفريضة، فما بلغ صحت منه المسألة مثاله: ولو كان عدد الأخوات خمساً مثلاً في المثال المذكور والمسألة بحالها ضربت ثلاثة في خمسة تبلغ خمسة عشر، ثم اضرب خمسة عشر في الفريضة وهي سبعة تبلغ مائة وسبعة ومنها تصح. ولو كان المباين أكثر من طائفة واحدة يضرب ما بلغ من الضرب الأول فيه وفي وفقه، ثم ما بلغ في الفريضة فما بلغ تصح منه المسألة مثاله: أربع زوجات وخمس أخوات لأم وثلاث جدات وثلاث أخوات لأب أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر فلا ينقسم على الكل ولا يوافق، فعدد الأخوات لأب مماثل الجدات فتكتفي بأحدهما فتضرب ثلاثة في أربعة تبلغ اثني عشر ثم في خمسة فتبلغ ستين ثم تضرب الستين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ ألفاً وعشرين فمنها تصح المسألة.

قال رحمه الله: **(فإن توافق فالوفق وإلا فالعدد في العدد ثم وثم وثم جميع المبلغ في الفريضة وعولها)** أي إذا توافق بين أعداد الرؤوس فاضرب وفق أحدهما في جميع الآخر ثم أضرب ما بلغ في وفق الثالثة إن وافق المبلغ الثالث، وإن لم يوافق فاضرب كله فيه فما بلغ فاضربه في الفريضة فما بلغ تصح منه المسألة. ولو كان فريق رابع ضرب فيه ما بلغ من

المبلغ في الفريضة وعولها وما فرض يرد على ذوي القروض بقدر فروضهم إلا على

ضرب الرؤوس في الرؤوس إن لم يوافقه وإن وافقه ففي الوفق ثم ما بلغ في أصل المسألة فما بلغ منه تصح المسألة فمثال الموافقة: أربعة زوجات وثمانية عشر أختاً لأم واثنا عشر جدة وخمسة عشر أختاً لأب؛ أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر فللزوجات الربع ثلاثة لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللأخوات لأم الثلث أربعة لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد رؤوسهن إلى النصف تسعة وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤوسهن إلى النصف ستة وللأخوات لأب الثلثان ثمانية لا ينقسم عليهن ولا يوافق فبين خمسة عشر والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر تبلغ تسعين، ثم ما بين التسعين والأربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في جميع الآخر تبلغ مائة وثمانين، ثم اضرب المائة والثمانين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ ثلاثة آلاف وستين فمنها تصح المسألة. ومثال المباينة: خمس أخوات لأب وثلاث أخوات لأم وسبع جدات وأربع زوجات أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر، فللأخوات للأب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق، وللجدات السدس سهمان لا تنقسم عليهن ولا توافق فالخمسة لا توافق فاضرب أحدهما في الأخرى تبلغ خمسة عشر، وخمسة عشر لا توافق الأربعة فاضرب أحدهما في الأخرى تبلغ ستين، والستين لا توافق السبعة فاضرب أحدهما في الأخرى تبلغ أربعمائة وعشرين، ثم اضرب أربعمائة وعشرين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ سبعة آلاف ومائة وأربعين فمنها تصح، وله طرق أخرى مذكورة في المطولات. قال رحمه الله: **(وما فرض يرد على ذوي القروض بقدر فروضهم إلا على الزوجين)** أي يرد ما فضل من فرض ذوي الفروض إذا لم يكن في الورثة عصبة، فلو كان فيهم فالفاضل بعد الفروض للعصبة إلا على الزوجين فإنه لا يرد عليهما وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ أصحابنا. وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه: الفاضل لبيت المال وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله. وقال عثمان بن عفان: يرد على الزوجين أيضاً. ولنا قوله تعالى ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال: ٧٥] وهو الميراث فيكون أولى من بيت المال ومن الزوجين إلا فيما ثبت لهم بالنص، وكان ينبغي أن يكون ذلك لجميع ذوي الأرحام لاستوائهم في هذا الاسم إلا أن أصحاب الفرائض قدموا على غيرهم من ذوي الأرحام لقوة قرابتهم ألا ترى أنهم يقدمون في الإرث فكانوا أحق به. ومن حيث السنة ما وري أن رسول الله ﷺ دخل على سعد يعوده فقال: يا رسول الله إن لي مالاً ولا يرثني إلا ابنتي الحديث، ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ حصر الميراث على ابنته ولولا أن الحكم كذلك لأنكر عليه ولم يقره على الخطأ لا سيما في مواضع الحاجة إلى البيان. وكذا روي أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني تصدقت على أمي بجارية فماتت أمي وبقيت الجارية

الزوجين فإن كان من يرد عليه جنساً واحداً فالمسألة من رؤوسهم كبنتين أو أختين وإلا فمن سهامهم فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس وأربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس أو نصف وسدسان أو نصف وثلث ولو مع الأول من لا يرد

فقال: وجب أجرك ورجعت إليك في الميراث. فجعل الجارية راجعة إليها بحكم الميراث وهذا هو الرد، ولأن أصحاب الفرائض ساووا الناس كلهم وترجحوا بالقرابة فيرجحون بذلك على المسلمين. ومسائل الباب أربعة أقسام: إن يكونوا جنساً واحداً أو أكثر عند عدم من لا يرد عليه أو عند وجوده فلا تخرج مسائله عن هذه الأربعة على ما يجيء في اثناء البحث. قال رحمه الله: **(فإن كان من يرد عليه جنساً واحداً فالمسألة من رؤوسهم كبنتين أو أختين)** لأنهما لما استويا في الاستحقاق صارا كابنتين وأخوين فيجعل المال بينهما نصفين، وكذا الجدتان لما ذكرنا، والمراد بالأختين أن يكونا من جنس واحد بأن يكون كلاهما لأم أو لأب أو لأبوين. قال رحمه الله: **(وإلا فمن سهامهم فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس وأربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس أو نصف وسدسان أو نصف وثلث)** أي إن لم يكن من يرد عليه جنساً واحداً بأن كانا جنسين تجعل المسألة من سهامهم فتجعل من اثنين لو اجتمعا سدسان كجدة وأخت لأم أو من ثلاثة إذا اجتمع نصف وسدس كأم أو جدة مع من يستحق الثلثين من الإناث أو أختين لأب أو ثلاث أخوات متفرقات أو أم وأخت لأم وأخت لأب أو نصف وثلث لأم وأخت لأب أو أخوين لأم أو أخت لأبوين أو لأب، ولا يتصور أن يجتمع في باب الرد أكثر من ثلاث طوائف، فإذا جعلت المسألة من سهامهم تحقق رد الفاضل عليهم بقدر سهامهم، وهذان النوعان اللذان ذكرناهما أحدهما أن يكونوا جنساً واحداً والآخر أكثر من ذلك فيما إذا لم يختلط بهم من لا يرد عليهم، وبقي النوعان الآخران وهما إذا اختلطا بكل واحد من النوعين من لا يرد عليه. قال رحمه الله: **(ولو مع الأول من لا يرد عليه اعط فرضه من أقل مخارجه ثم اقسم الباقي على من يرد عليه كزوج وثلاث بنات)** أي لو كان مع الأول وهو ما إذا كانوا جنساً واحداً من لا يرد عليه وهو أحد الزوجين اعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخارج فرضه، ثم اقسم الباقي على رؤوس من يرد عليه إن استقام الباقي عليهم كزوج وثلاث بنات للزوج الربع فأعطه من أقل مخارجه الربع وهو أربعة، فإذا أخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة أسهم فاستقام على رؤوس البنات.

قال رحمه الله: **(وإن لم يستقم فإن وافق رؤوسهم)** كزوج وثلاث بنات أي لو كان مع الأول وهو ما إذا كان جنساً واحداً من يرد عليه إن استقام الباقي عليهن كزوج وثلاث بنات فاضرب وفق رؤوسهم **(في مخرج فرض من لا يرد عليه وإلا فاضرب كل عدد رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه)** على عدد رؤوس من يرد عليه **(كزوج وخمس بنات)** أي إن لم يستقم الباقي بعد فرض من لا يرد عليه على عدد رؤوس من يرد عليه ينظر؛ فإن كان بين

عليه اعط فرضه من أقل مخارجه ثم اقسم الباقي على من يرد عليه كزوج وثلاث بنات وإن لم يستقم فإن وافق رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه وإلا فاضرب كل عدد رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وخمس بنات فاضرب وفق

الباقي من فرض من لا يرد عليه وبين رؤوسهم موافقة **(فاضرب وفق رووسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه)** كزوج وست بنات فإن بينهما موافقة في الثلث فرد رؤوسهم إلى اثنين، ثم اضرب به في أربعة وإن لم يوافق الباقي رؤوسهم كزوج وخمس بنات فإنه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع رؤوسهن وهو الخمسة في أربعة فالمبلغ في الوجهين تصحيح المسألة فتصح في الأول من ثمانية، وفي الوجه الثاني من عشرين لأنك في الأول ضربت اثنين في أربعة وفي الثاني خمسة في أربعة فيأخذ الزوج في الأول سهمين يبقى ستة فكل واحدة من البنات سهم ويأخذ في الثمانية خمسة فيتسم الباقي على خمسة يصيب كل واحدة منهن ثلاثة أسهم. قال رحمه الله: **(ولو من الثاني من لا يرد عليه)** المراد بالثاني أن يكون طائفتان أو أكثر أي لو كان مع الطائفتين أو أكثر من لا يرد عليه. قال رحمه الله: **(فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسألة من يرد عليه)** وهو سهامهم على ما بينا **(كزوجة وأربع جدات وست أخوات لأم)** للزوجة الربع فأعطها من أقل مخارجه وهو واحد من أربعة يبقى ثلاثة تنقسم على ثلاثة لأن سهامهن ثلاثة. قال رحمه الله: **(وإن لم يستقم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات)** أي إن لم يستقم الباقي من فرض من لا يرد عليه على سهام من يرد عليه أي على مسألتهم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه عليه، فما بلغ يخرج منه حق كل واحد من غير كسر وهذا الضرب لبيان مخرج فرض الفريقين من أقل عدد يمكن لا للتصحيح، فسهام من يرد عليه فيما مثل به خمسة أربعة للبنات وواحدة للجدات وما بقي من فرض من لا يرد عليه سبعة وهو لا ينقسم على خمسة فاضرب الخمسة في الثمانية تبلغ أربعين فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحاً فللزوجات الثمن خمسة والباقي لمن يرد عليه. قال رحمه الله: **(ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسألة من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه)** وهذا البيان طريقة معرفة سهام كل فريق من هذا المبلغ، فإذا أردت معرفة سهام الزوجات في المثال الذي ضربته فاضرب سهمين في خمسة فهو نصيبهن، وإذا أردت معرفة نصيب البنات فاضرب سهامهن في خمسة وهو أربعة فيما بقي من فرض من لا يرد عليه وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين فهو لهن وللجدات سهم مضروب في سبعة بسبعة. وأما إن كان الضرب على ما ذكر لأن الخمسة لما ضربت في الثمانية وجب أن يضرب سهام كل فريق من الثمانية في الخمسة للزوجات واحد من الثمانية والباقي لمن يرد عليه وهو سبعة فتضرب في الخمسة

رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه ولو من الثاني من لا يرد عليه فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسألة من يرد عليه كزوجة وأربع جدات وست أخوات لأم وإن لم يستقم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسألة من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وإذا انكسر فصحح كما مر وإن مات البعض قبل القسمة فصحح مسألة الميت الأول واعط سهام كل وارث ثم صحح مسألة الميت الثاني وانظر بين ما في يده من التصحيح الأول وهو نصيب الميت الأول وبين التصحيح الثاني ثلاثة أحوال فإن استقام ما في يده من التصحيح الأول فلا ضرب وصحتا من تصحيح مسألة الميت الأول وإن لم تستقم فإن

فتبلغ خمسة وثلاثين فصارت السبعة مضروبة في الخمسة بالنسبة إلى أصل مسألة من يرد عليه لأن كل من له شيء من الثمانية مضروب في خمسة، وكذا الخمسة مضروبة في نصيب كل واحد من الثمانية لأن عدد كل ضرب في عدد يكون كل واحد منهما مضروباً ومضروباً فيه ولهذا غير العبارة بقوله «وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه» لا لتغير العمل فإذا عرف فروض الفريقين بما ذكر يحتاج إلى معرفة التصحيح ولهذا بينه. قال رحمه الله: **(وإذا انكسر فصحح كما مر)** أي إذا انكسر على البعض أو على الكل فصحح المسألة بالطريق المذكورة في التصحيح لأن السهام إذا لم تنقسم على أربابها احتيج إلى التصحيح، وما ذكر في هذا الباب من الضرب لم يكن إلا ليخرج سهام كل فريق ممن يرد عليه وممن لا يرد عليه من عدد واحد كما ذكرنا من مخارج السهام لا لتصحيح المسألة عليهم، وقد ذكرنا طريق التصحيح وطريق معرفة سهام كل واحد من آحاد الفريق فلا نعيده. والمثال الأول الذي ذكره المصنف وهو زوجة وأربعة جدات وست أخوات لأم وتصح من ثمانية وأربعين والمثال الثاني وهو أربع زوجات وتسع بنات وست جدات تصح من ألف وأربعمائة وأربعين. قال رحمه الله: **(وإن مات البعض قبل القسمة)** أي إذا مات بعض الورثة قبل القسمة ويسمى هذا النوع من المسائل مناسخة مفاعلة من النسخ وهو الإزالة يقال نسخت الشمس الظل أي إزالته ونسخت الكتاب، واستعماله فيما إذا صار بعض الأنصباء ميراثاً قبل القسمة لما فيه من نقل العلم والتصحيح إلى الفريضة الثانية.

قال رحمه الله: **(فصحح مسألة الميت الأول واعط سهام كل وارث ثم صحح مسألة الميت الثاني وانظر بين ما في يده من التصحيح الأول وهو نصيب الميت الأول وبين التصحيح الثاني ثلاثة أحوال)** أي التوافق والتباين والاستقامة **(فإن استقام ما في يده من التصحيح الأول فلا ضرب وصحتا من تصحيح مسألة الميت الأول)** أي صحت الفريضتان فريضة الميت الأول

كان بينهما موافقة فاضرب وفق التصحيح الثاني في كل التصحيح الأول وإن كان بينهما مباينة فاضرب كل التصحيح الثاني في التصحيح الأول فالمبالغ مخرج المسألتين واضرب سهام ورثة الميت الأول في التصحيح الثاني أو في وفقه وسهام ورثة الميت الثاني في نصيب الميت الثاني أو في وفقه ويعرف حظ كل فريق من التصحيح بضرب

والثاني ما صحت منه الأولى **(وإن لم تستقم فإن كان بينهما موافقة)** أي بين ما في يده وهو نصيبه من الأول وبين فريضته وهو التصحيح الثاني **(فاضرب وفق التصحيح الثاني في كل التصحيح الأول وإن كان بينهما مباينة)** أي بين ما في يده وفريضته وبين التصحيح الثاني **(فاضرب كل التصحيح الثاني في التصحيح الأول فالمبالغ مخرج المسألتين)** أي ما يبلغ من الضرب لتصحيح الفريضتين فريضة الميت الأول وفريضة الميت الثاني فلا ينظر بين السهام والرؤوس في الأحوال الثلاثة في تصحيح الفريضة فكذا بينهما حتى إذا اقتسم ما في يده على فريضته لا حاجة إلى الضرب كما إذا اقتسم نصيب الفريق من أصل المسألة على رؤوسهم، وإن لم ينقسم فإن وافق تضرب وفق فريضته، وإن لم يوافق تضرب كل الفريضة الثانية في الفريضة الأولى كما في الرؤوس، فإذا عرف ذلك يحتاج إلى بيان طريق معرفة نصيب كل واحد من ورثة الأول والثاني بالطريق المذكور في التصحيح وقد بينته في المختصر. قال رحمه الله: **(واضرب سهام ورثة الميت الأول في التصحيح الثاني أو في وفقه)** أي نصيبه **(وسهام ورثة الميت الثاني في نصيب الميت الثاني أو في وفقه)** في الفريضة الأولى، فإن كان فيهم من يرث من الميتين ضربته من الأولى في الفريضة الثانية أو في وفقها مضروب في الأولى فنصيب كل واحد لا يكون مضروباً ضرورة فلذلك وجب ضربه فيه، وكان ينبغي أن يضرب نصيب الميت الثاني وهو الذي في يده الثانية أو في وفقها لأنه من جملة ورثة الميت الأول إلا أن نصيبه لما صار ميراثاً كان مستحقاً لورثته وكان مقسوماً بينهم فاستغنى عن ذلك بضرب نصيب كل واحد من ورثته فيما في يده أو في وفق ما في يده وهو نظير ما ذكر في الرد أن سهام من لا يرد عليه تضرب في سهام من يرد عليه وسهام من يرد عليه تضرب فيما بقي من فروض من لا يرد عليه، ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل المبلغ الثاني مقام الأول والثاني في العمل، فلو مات رابع فاجعل الثالث مقام الأول والرابع مقام الثالث وهكذا كل ما مات واحد قبل القسمة تقيمه مقام الثاني، والمبلغ الذي قبل مقام الأول إلى ما لا يتناهى. هذا إذا مات الثاني وخلف ورثة غير من كان معه ميراث الميت الأول أو كانوا هم بعينهم ولكن جهة إرثهم من الميتين مختلفة، وإن كانوا هم بعينهم ولم يختلف غيرهم من الورثة وجهة إرثهم من الميتين متحدة ألغيت جميع ما مات قبل القسمة وصحت فريضة الميت الآخر فكأنه لم يمت إلا هو ولم يكن وارث غير ورثته وهذا النوع يسمى المناسخ الناقص. قال رحمه الله: **(ويعرف حظ كل فريق من التصحيح بضرب ما لكل من أصل المسألة فيما ضربته في أصل المسألة)** أي

ما لكل من أصل المسألة فيما ضربته في أصل المسألة وحظ كل فرد بنسبة سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم مفرداً ثم يعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد وإن أردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء فاضرب سهام كل فريق وارث من التصحيح في كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح ومن صالح من الورثة على

يعرف نصيب كل فريق من التصحيح بضرب نصيب كل فريق من أصل المسألة في مبلغ الرؤوس وهو المضروب في الفريضة، فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق وقد بيناه من قبل في موضعه؛ معناه لو ترك زوجة وعشرين بنتاً وأماً فللزوجة ثلاثة ولكل من الأب والأم أربعة وللبنات ستة عشر وهن عشرون لا تنقسم عليهن لكن بين سهامهم ورؤوسهن موافقة بالربع فتضرب وفق رؤوسهن وهو خمسة في سبعة وعشرين تبلغ مائة وخمسة وثلاثين فهذه هي جزء السهم وهي وفق الرؤوس فللزوجة ثلاثة مضروبة في خمسة وعشرين تبلغ ثمانين فهنا قد ضربت ما لكل فريق من التصحيح فيما ضربته في أصل المسألة وهو وفق الرؤوس. قال رحمه الله: **(وحظ كل فرد بنسبة سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم مفرداً ثم يعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد)** أي يعرف نصيب كل واحد من أفراد الفريق بأن تناسب سهام جميع الفرق من أصل المسألة إلى عدد رؤوس ذلك الفريق، فما وجد بنسبته أعطى لكل واحد من آحاد ذلك الفريق بمثل تلك النسبة من المضروب فيخرج نصيب كل واحد منهم. ومعنى قوله «مفرداً» أي ينسب إلى فريق واحد من غيرهم فريق آخر عند النسبة، وهذه المسألة والتي قبلها موضعهما باب التصحيح وقد ذكرناهما هناك وطريقاً آخر فلا نعيدها.

قال رحمه الله: **(وإن أردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء فاضرب سهام كل فريق وارث من التصحيح في كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح)** وكذا الدين بأن تضرب دين كل غريم في التركة وتقسم الخارج على مجموع الدين، وهذا إذا لم يكن بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقه، وإن كان بينهما موافقة فاضرب نصيب كل واحد من الورثة ودين كل غريم في وفق التركة فما بلغ فاقسمه على وفق التصحيح أو على وفق مجموع الدين، فما خرج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث أو الدين لأنه يجعل دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح. وهذا مبني على قاعدة ممهدة في الحساب وهي أنه متى اجتمع أربعة أعداد متناسبة وكان نسبة الأول إلى الثاني كنسبة الثالث إلى الرابع وعلم من تلك الأعداد ثلاثة وجهل واحد أمكن استخراج المجهول، وفيما نحن فيه اجتمع أربعة أعداد متناسبة أولها سهام كل وارث من التصحيح، وثانيها التصحيح، وثالثها الحاصل لكل وارث من التركة، ورابعها جميع التركة لأن نسبة السهام إلى التصحيح كنسبة الحاصل من التركة إلى جميع التركة، والثالث مجهول والباقي معلوم، فإذا ضربت الطرف في

شيء فاجعله كأن لم يكن واقسم ما بقي على سهام من بقي.

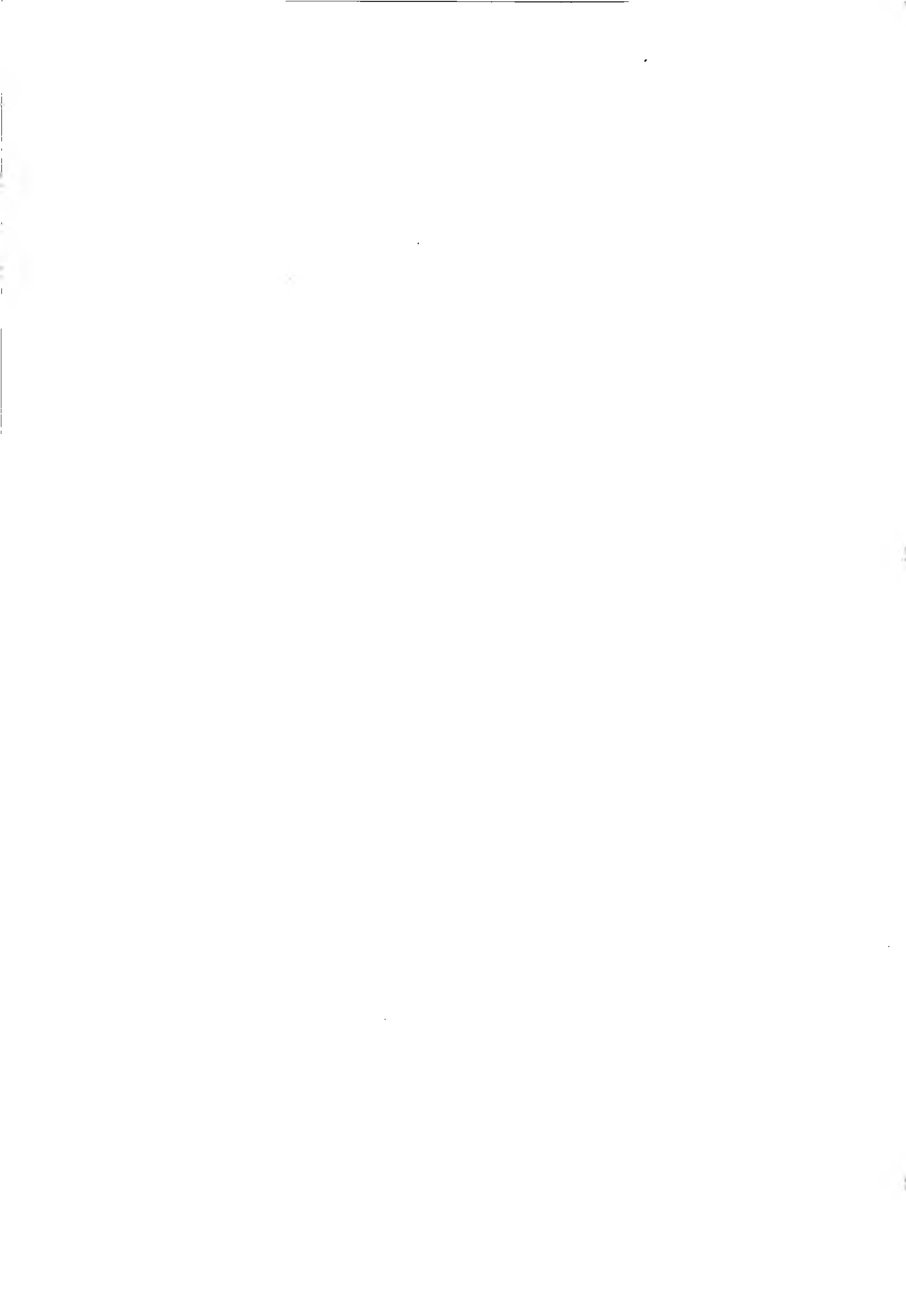
الطرف كان كضرب الثاني في الثالث فكذلك إذا قسمت المبلغ على الثاني خرج الثالث ضرورة أن كل مقدار تركب من ضرب عدد إذا قسم على أحد العددين خرج الآخر كخمسة عشر مثلاً لما تركبت من ضرب ثلاثة في خمسة إذا قسمتها على ثلاثة خرج خمسة، وإذا قسمتها على خمسة خرج ثلاثة، وهذه القاعدة هي الأصل في معرفة نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق، فإذا اجتمع هناك أيضاً أربعة أعداد متناسبة نصيب الفريق من أصل المسألة وعدد الفريق الحاصل من أصل المسألة وعدد الفريق الحاصل لكل واحد من آحاد الفريق من التصحيح ومبلغ الرؤوس نسبة نصيب الفريق من أصل المبلغ إلى عددهم كنسبة الحاصل إلى التصحيح لكل واحد إلى مبلغ الرؤوس وهو المضروب في أصل المسألة والثالث مجهول والباقي معلوم ويستخرج المجهول في مثل هذا بالطرق المذكورة في التصحيح، وكذا العمل في قضاء الدين إذا كانت التركة لا تفي به فدين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح فتطلب الموافقة بين مجموع الدين وبين التركة ثم العمل فيه على ما بيناه.

قال رحمه الله: **(ومن صالح من الورثة على شيء فاجعله كأن لم يكن واقسم ما بقي على سهام من بقي)** لأن المصالح لما أعطوه جعل مستوفياً نصيبه من العين وبقي الباقي مقسوماً على سهامهم. وقوله فاجعله كأن لم يكن فيه نظر لأنه قبض بدل نصيبه فكيف يمكن جعله كأن لم يكن بل يجعل كأنه مستوف نصيبه ولم يستوف الباقون أنصباءهم ألا ترى أن المرأة إذا ماتت وخلفت زوجاً وأماً وعماً فصالح الزوج على ما في ذمته من المهر يقسم الباقي من التركة بين الأم والعم أثلاثاً للأم سهمان وسهم للعم، ولو جعل الزوج كأن لم يكن لكان للأم سهم لأنه الثلث بعد خروج الزوج من البين وللعم سهمان لأنه الباقي بعد الفروض ولكن تأخذ هي ثلث الكل وهو سهمان من ستة فللزوج النصف ثلاثة وقد استوفاه بأخذ بدله بقي السدس وهو سهم للعم. وكذا لو ماتت المرأة وخلفت ثلاثة أخوات متفرقات وزوجاً فصالحت الأخت لأب وأم وخرجت من البين كان الباقي بينهم أخماساً ثلاثة للزوج وسهم للأخت للأم وسهم للأخت لأب على ما كان لهم من ثمانية لأن أصلها ستة وتعول إلى ثمانية، فإذا استوفت الأخت نصيبها وهو ثلاثة بقي خمسة، ولو جعلت كأنها لم تكن لكانت من ستة وبقي سهم للعصبة. وهذا آخر ما تيسر تأليفه بحمد الله وعونه وحسن توفيقه في هذا الكتاب، وأسأل الله العظيم أن ينفع به جميع الطلاب، ومن نظر فيه من المحبين والاصحاب، وأن يمن علينا بعفوه ويدخلنا دار السلام بكرمه وحلمه وجوده ولطفه من غير مشقة ولا حساب ولا عقاب، ولا معاتبة ولا مناقشة ولا عتاب، وأن يختم لنا بخير ويجعل لنا الجنة دار مآب، وأن يجعل مقرنا بأعلى الدرجات ويبلغنا أقصى المرادات بحرمة محمد ﷺ سيد السادات، وأن

....

يشفع فينا نبيه المصطفى، ويحشرنا في زمرة من لم يعامله بمشقة ولا جفا آمين. والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

يقول راجي غفران الساوي مصححه محمد الزهري الغمراوي: نحمدك يا من كملت لنا معالم الدين، وهيأت القلوب للاستكمال بدور اليقين، ونشكرك على سوابغ نعم لا نحصيها وترادف آلاء جلت شؤون ظاهرها وخافيها، ونصلي ونسلم على سيدنا محمد الذي كملت به سبل الهداية، وخلصت باتباعه من غوائل الغواية، وعلى آله معدن الكمال، وأصحابه ذوي الفضل والأفضال (أما بعد) فقد تم بحمده تعالى طبع تكملة الإمام المحقق والعلامة المدقق محمد بن حسين بن علي الشهير بالطوري للبحر الرائق شرح كنز الدقائق، وهي الجزء الثامن لهذا الكتاب، فكملت به محاسنه وزها ثمر روضه وطاب، وأصبح شذا مسكه يتارج، وكل نفس تألف الاستبصار عليه تعرج، ولا غر وإن جاء بعجيب البحر من نفائس الدرر، وصاغ عسجد اكسيره سبائك الجوهر، فيا لها من هبات أسدتها يد الطباعة للطالبين فقد أحيت منه رميماً كانت تعافه عين الناظرين وأعادت منه بنياناً كانت قوضته يد النسيان، وأقامت عوداً طالما عوجته جهالة العدوان، فأصبح بعد طول الخمول يزهو في حلل أهدتها إليه دقة التصحيح، وارتفعت عن حر محياه ربقة التحريف الصريح، وتبدت شمس نهاره تجلو نفائس التحقيقات، واستكملت محاسنة بمقابلته على جملة نسخ عديدات، وذلك بالمطبعة العلمية بجواز الأزهر بمحروسة القاهرة المعزية إدارة الشيخ حسن الرشيدي وشريكيه على ذمة حضرة ملتزميه السيد عمر هاشم الكتبي وأخيه السيد محمد هاشم أنجح الله مسعى الجميع ووفقهم لكل نفع يكون فيه سعادة الأمة إنه قريب سميع، وذلك في غرة ذي القعدة الحرام من سنة ١٣١١ هجرية على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التحية آمين.



فهرس محتويات

الجزء الثاني

من

تكملة البحر الرائق

فهرس المحتويات

كتاب الجنايات

كتاب الديات

كتاب المعاقل

كتاب الوصايا

كتاب الخنثى

كتاب الفرائض